Die Zusendung nichtbestellter Sachen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz Ulrich

aus Dortmund.

Approbiert am 21. Oktober 1929

Erlangen

Universitäts-Buchdruckerei von Junge & Sohn

1929

Referent: Professor Dr. Lent.

Meinem Vater!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Affolter im Archiv für bürgerliches Recht, hrsg. von Kohler, Bd. 17, S. 1.

Aravantinos, P. J., Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 48, S. 101 ff., Jena 1904.

Aßmann, Die Rechtsstellung des Boten, 1906.

Aßmann, Die unbestellten Zusendungen, Berlin 1901.

Bartels in Gruchots Beiträgen, Bd. 42, S. 646 ff.

Bendix im Recht 1900, S. 45 ff.

Beer, L. in der Deutschen Juristenzeitung, 6. Jahrg. 1901, Nr. 19.

Biermann, Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 1905.

Breit, Geschäftsfähigkeit, 1. Hälfte, Leipzig 1903.

Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrecht, Bd. 15, S. 187, 315; Bd. 30, S. 157.

Bülow, Geständnisrecht, Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen 1899.

Casson, Herbert, N., Ads and sales, London 1915.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl., Jena 1904.

Crome, System, Bd. 1, Tübingen und Leipzig 1900.

Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß, Berlin 1928.

Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., Jena 1906.

Danz in Jhering's Jahrbüchern 46, S. 388.

Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 38, S. 373 und Separatabdruck.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. 1, Halle 1902.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, Bd. 2, Mannheim 1901.

Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, Bd. 1, Berlin 1903.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Leipzig 1882.

Endemann, Deutsches Handelsrecht, 4. Aufl., 1887.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Bd. 1, Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 1 und 2, 2. Aufl. Marburg 1901.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 15.—19. Aufl. Marburg 1923.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 1909.

Franke, Hellmuth, Zusendung nichtbestellter Sachen. Diss., Rostock 1926.

Frank, Karl, Der Besitzwille nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Jur. Diss., Bonn 1898.
Fränkel, Die unbestellte Ware. Jur. Diss., Jena 1902.
Friedheim, Die Zusendung unbestellter Ware nach neuem deutschen Handelsrecht. Jur. Diss., Rostock 1903.
Fritze im Archiv für bürgerliches Recht 14, S. 181.
Gareis, Karl, Das Stellen zur Disposition, Würzburg 1870.
Gierke, Otto v., Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1905.
Goldschmidt, L., Vermischte Schriften, Bd. 1, S. 344, Berlin 1901.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 17, S. 244.
Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware. Berlin 1883.
Hanausek, Fakturen und Fakturenklauseln nach österreichischem Recht, Wien 1891.
Häntsch, H., Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1899.
Hoppe, Der rechtliche Inhalt des Vertragsantrages bei unbestellten Zusendungen. Jur. Diss., Greifswald 1918.
Hölder im Recht 1901, S. 216.
Juristische Wochenschrift 1902, Beilage 253.
Juristische Wochenschrift 1908, S. 301.
Juristische Wochenschrift 1911, S. 87.
Josef in der deutschen Juristenzeitung 1901, Nr. 16/17, Nr. 19.
Klemm, Ueber die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waren, Leipzig 1854.
Kniep, Der Besitz, Jena 1900.
Kohler, Jos. im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 38, S. 310 ff.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, Berlin-Leipzig, 1923.
Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Hälfte, Berlin 1904.
Lange, Die rechtliche Natur der unbestellten Zusendungen, Berlin 1907.
Lehmann in Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, 2. Aufl., Marburg 1901.
Leonhard, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, Breslau 1907.
Leonhard, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900.
Löhr, Zentralorgan für deutsches Handels- und Wechselrecht I, S. 582.
Luckhaus, Die unbestellte Ware. Jur. Diss., Erlangen 1896.
Lysinski, Die Organisation der Reklame, Berlin 1924.
Maenner, Karl, Das Sachenrecht, München 1906.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Matthias, B., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1899.
Milster, Egon, Die Rechte und Pflichten des Empfängers unbestellter Ware. Jur. Diss., Erlangen 1901.
Motive, Bd. 1, S. 166.
Motive, Bd. 2, S. 570.
Motive, Bd. 6, S. 202 ff.
Oertmann, Kommentar allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1908.

Pigge, Abnahme und Aufbewahrung von unbestellten Zusendungen nach dem bürgerlichen- und Handelsrecht. Jur. Diss., Leipzig 1902.
Planck, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl., 1903.
Protokolle, Bd. 1 und Bd. 2.
Raape, Leo, Besitzerwerb ohne Besitzwillen. Jur. Diss., Bonn 1901.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen I, Weimar 1868.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, 1898.
Rosenberg, Leo, Kommentar zum Sachenrecht, München 1919.
Rotering im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 38, S. 150.
Schlotter, Die unbestellte Ware. Jur. Diss., Erlangen 1899.
Schneider, Treu und Glauben, München 1902.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 8, Nr. 36.
Staub, Kommentar, Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 1912.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 und Bd. 3, 9. Aufl., Berlin-München 1925/26, Bd. 2, 7. und 8. Aufl. 1912.
Strohal, Sachbesitz in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 38.
Schulze-Pfaelzer, Propaganda, Agitation, Reklame, Wien 1923.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechtes, 6. Aufl.
Thur v., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1.
Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband 12, 5.
Weber, Die Zusendung unbestellter Ware nach deutschem Handelsrecht, Diss. Erlangen 1897.
Wedemeyer, Abschluß eines obligatorischen Vertrags usw., Göttingen 1904.
Wedemeyer, Auslegung und Irrtum, Göttingen 1903.
Wendt im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 92, S. 238.
Weist, Die unbestellte Zusendung. Jur. Diss., Breslau 1920.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 8. Aufl., Frankfurt a. M., 1900.
Wygodzinski, Einführung in die Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Leipzig 1918.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

Abschnitt 1.

Einleitung.

Die Zusendung nichtbestellter Sachen ereignet sich — insbesondere bei unserer derzeitigen Wirtschaftslage — so oft, daß sicher jeder sich schon einmal gefragt hat, oder es demnächst einmal wird tun müssen: Welche Rechte erwerbe ich und welche Pflichten überkommen mich, wenn mir plötzlich von mir nichtbestellte Sachen geschickt werden oder geschickt worden sind, bezw. was habe ich zu erwarten, wenn ich einem anderen nichtbestellte Sachen zusende? Viele wissenschaftliche Untersuchungen liegen über den hier zu behandelnden Gegenstand vor. Fast jeder Kommentar des alten Handelsgesetzbuches und fast jedes Lehrbuch des Handelsrechtes erörtert oder streift wenigstens unser Thema. Rechtsstreitigkeiten sind massenhaft entschieden worden. Trotzdem besteht keine Einigkeit. Besonders auffallend ist, daß in den wissenschaftlichen Abhandlungen die Frage, ob zum Erwerbe des Besitzes einer Sache ein darauf hinzielender Besitzwille gefordert werden muß oder nicht, wie später darzulegen ist, verschieden beantwortet wird. Der Grund für die Tatsache der Uneinigkeit ist wohl der, daß positive Rechtsnormen nicht bestehen: weder das Handelsgesetzbuch (vgl. jedoch unten S. 12) noch das das Handelsgesetzbuch ergänzende Bürgerliche Gesetzbuch weist ausdrückliche Rechtssätze über die grundsätzliche Regelung unseres Gegenstandes auf. Dieses muß umsomehr auffallen, als die in dem besagten Rechtsgebiet enthaltenen und vom juristischen Standpunkte aus betrachtet recht viel Spannendes bietenden Streitfragen — allem Anschein nach — es wohl verdient hätten, gesetzlich geregelt zu werden. Man hat sich denn auch schon lange vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den Standpunkt gestellt, daß das Fehlen jeglicher einschlägigen gesetzlichen Vorschriften der Sicherheit und Einheit der Rechtsprechung Abbruch täte. So wurde der Kommission, die mit der Beratung und Abfassung des alten Handelsgesetzbuches beauftragt war, das Nichtaufnehmen einer grundsätzlichen Entscheidung über

die unbestellte Zusendung in erheblichem Maße verübelt: Gareis sagt z. B. in seiner Abhandlung: „Das Stellen zur Disposition“ 1870, Vorrede Seite 4, in besagter Kommission habe sich „eine limitierte Auffassung des Zweckes eines Deutschen Handelsgesetzbuches“ geltend gemacht, die „für die Sicherheit und Einheit der Rechtsprechung durchaus nicht förderlich gewesen sei“; „auf dieser bedauerlichen Auffassung“ beruhe... „der Mangel einer prinzipiellen Entscheidung über die Zusendung unbestellter Waren“. Als dann in der Folgezeit durch die Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches eine Neuberatung des Handelsgesetzbuches nötig wurde, wies der Kommentar von Gareis-Fuchsberger auf das dringende Erfordernis hin, die Regelung des fraglichen Gegenstandes nicht zu unterlassen. Wenn man nun trotz dieser Warnungen, wie schon erwähnt, davon Abstand genommen hat, ausdrückliche Gesetzesvorschriften über die unbestellte Zusendung im Handelsgesetzbuche festzusetzen, vielmehr nach wie vor die Entwicklung der hierfür maßgebenden Grundsätze der Wissenschaft und Rechtsprechung überließ, so ist dieses ganz unbestreitbar von Vorteil. Man braucht sich nur die große Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit der unbestellten Zusendung vorzustellen, um nicht sofort einzusehen, daß eine bestimmt festgesetzte Regelung — wenn sie überhaupt möglich gewesen wäre — unfehlbar zu einer Erstarrung hätte führen müssen, die dem einzelnen Tatbestand nicht gerecht wird. Nicht zum mindesten ist aber ferner zu berücksichtigen, daß bei unserem Thema die recht schwierige Frage der Bedeutung des Stillschweigens eine Rolle spielt [1]), deren grundsätzliche Entscheidung das Bürgerliche Gesetzbuch mit Recht abgelehnt hat, weil für die rechtliche Beurteilung des Schweigens nicht allgemeine Gesichtspunkte, sondern die konkreten Umstände des Einzelfalles von ausschlaggebender Bedeutung sind. Aus diesen Erwägungen heraus hat sich der Gesetzgeber damit begnügt, im Bürgerlichen Gesetzbuche allgemeine Rechtsgrundsätze aufzustellen, die so vortrefflicher, weitumfassender Art sind, daß es möglich ist, bei gebührender Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles und bei richtiger Anwendung dieser Gesetzesbestimmungen zu einer allseits befriedigenden, billigen Lösung der verschiedenen Fragen zu kommen. Infolgedessen kann man sich heutzutage nicht mehr über den Mangel an positiven Rechtsnormen beklagen [2]). In der vorliegenden Abhandlung wird es sich um die Zusendung nichtbestellter Sachen han-

---

1) Schlotter, a. a. O. S. 10.
2) Gareis, Das Stellen zur Disposition, Vorrede S. IV.

deln. Es fallen also unter das Thema nicht nur die Zusendung von Waren, sondern auch die Fälle, in denen z. B. Preislisten, Kataloge usw. den Gegenstand der Zusendung bilden.

Abschnitt 2.

Der Tatbestand einer Zusendung nichtbestellter Sachen.

Im Falle der Zusendung nichtbestellter Sachen handelt der Absender entweder aus eigenem Antriebe oder auf fremde Anregung, nur nicht auf Veranlassung des Adressaten oder einer von diesem bevollmächtigten Person. Dabei muß es gleichgültig sein, ob der Absender weiß, daß es sich bei den abgeschickten Sachen um nichtbestellte handelt. Selbst wenn er von einer nicht unbeachtlichen irrtümlichen Voraussetzung ausgeht, liegt eine Zusendung nichtbestellter Sachen vor, so z. B. dann, wenn der Absender glaubte, es sei bei ihm etwas bestellt worden und nun auf Grund dieser irrtümlichen Annahme Ware abschickt. Dasselbe gilt dann, wenn z. B. bei einem Handel- oder Gewerbetreibenden eine Bestellung einläuft und das bestellte Stück infolge unrichtiger Anschrift oder infolge eines Versehens der Uebermittlungsperson in die Hände eines Dritten gelangt.

Ein anderer Fall irrtümlicher unbestellter Zusendung liegt dann vor, wenn jemand, ohne hierzu bevollmächtigt zu sein, für eine dritte Person eine Bestellung eingeht und der Handel- oder Gewerbetreibende, auf die Vertretungsmacht vertrauend, dem Dritten die Sachen zuschickt. Handelte es sich bei dem Besteller um einen Minderjährigen, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters tätig wurde, so ist der Absender demjenigen gleichzustellen, der überhaupt ohne jede Bestellung Sachen schickt. Ebenso ist die Lage des Absenders zu beurteilen, wenn er den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte.

Im täglichen Leben kommt es weiter recht oft vor, daß zwar eine Bestellung zugrunde liegt, aber einmal mehr Sachen als bestellt, das andere Mal andere Sachen als bestellt zugesandt werden. Je nachdem bei der Mehrsendung das Zugesandte juristisch eine teilbare Sache, d. h. deren Teilung in einzelne Stücke keine Wertminderung nach sich zieht, ist oder nicht, wird man zu einem verschiedenen Ergebnis

kommen[1]). Wenn von einer teilbaren Sache mehr als bestellt zugesandt worden ist, so kann der Besteller, der Gläubiger, das Zuviel von dem Bestellten absondern und den bestellten Rest als Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages ansehen.

Das Abgesonderte ist dann für ihn unbestellte Ware, der gegenüber er die unten zu erörternden Rechte und Pflichten hat. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der Empfänger in jedem Fall auf die oben geschilderte Art und Weise vorgehen muß. Dies hängt vielmehr, wie Franke[2]) mit Recht betont, ganz von den Umständen des einzelnen Falles ab. Wenn z. B. die Trennung der bestellten Sachen von den nichtbestellten Sachen nur mit großen Schwierigkeiten zu handhaben ist, z. B. wegen der Eigenschaften oder infolge Fehlens der notwendigen Hilfsmittel, oder sie nur mit erheblichem Zeitverlust durchgeführt werden kann, so muß es einleuchten, daß der Empfänger nicht verpflichtet ist, die Teilung vorzunehmen und den Rest als Erfüllung anzunehmen. In diesem Falle darf ihm dieses Tätigwerden nicht zugemutet werden. Mit Franke[3]) kann man in der „Unzumutbarkeit" überhaupt die Grenze sehen für die Verpflichtung des Empfängers, die Trennung auszuführen. Inwieweit eine solche Tätigkeit dem Empfänger zugemutet werden kann, bestimmt sich einerseits nach Treu und Glauben, andererseits nach der herrschenden Verkehrssitte. Immerhin ist das Gebiet, innerhalb dessen eine Teilungsverpflichtung des Empfängers bestehen soll, sehr eng anzunehmen und im Zweifel eine derartige Verpflichtung abzulehnen. Wenn aber die Trennung, außer daß etwa eine Verpflichtung hierzu besteht, nicht vorgenommen wird, dann ist der Tatbestand der gleiche, wie wenn die Sendung unteilbar ist. Man muß annehmen, daß in beiden Fällen das Zugesandte in seiner ganzen Ausdehnung vertragswidrig ist. Es kann daher zurückgewiesen werden. Wird die Sendung jedoch abgenommen[4]) — das rein tatsächliche Abnehmen = Empfangen ist gemeint — so steht nichts entgegen, sie als nichtbestellte Sache anzusehen. Das Handelsrecht gibt aber für die seiner Herrschaft unterliegenden Fälle in den §§ 378, 379 eine besondere Regelung.

Bei Mehrsendungen, bei denen eine Teilung schlechthin nicht möglich oder unzumutbar ist, stellt sich die zugesandte

---

1) Franke, a. a. O. S. 8 f.
2) Franke, ebenso.
3) Franke, a. a. O. S. 9.
4) Ebenda.

Sache als eine andere als die bestellte Sache dar, also als eine nichtbestellte. Bei Teilung ist das Abgesonderte unbestellt, bei Unteilbarkeit oder Nichtvornahme der Teilung die ganze Sendung.

Damit ist bereits zum Ausdruck gebracht, daß eine von der bestellten Gattung abweichende Sache, also eine andere Sache als die bestellte, stets als nichtbestellte behandelt werden kann. Wenn die Vertragsparteien Kaufleute sind, so findet das Handelsrecht Anwendung. Dieses bestimmt, daß eine andere Sache nur in dem Fall als nichtbestellt anzusehen ist, wenn sie offenkundig so erheblich von der Bestellung abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Bestellers als ausgeschlossen betrachten muß (§ 378 HGB.).

Infolge dieser Regelung des Handelsgesetzbuches hat eine Meinungsverschiedenheit in der Wissenschaft für das Handelsrecht die Bedeutung verloren, aber nicht für das bürgerliche Recht. Unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches stritt man sich über die Gesichtspunkte, nach denen eine Entscheidung getroffen werden sollte, wann eine mangelhafte Sache und wann eine andere, also nichtbestellte, geliefert war. Die eine Ansicht geht dahin, man müsse in Grenzfällen das bei einem konkreten Vertragsverhältnis zum Ausdruck gekommene Willensmoment in Betracht ziehen, weil eine Sache, die für den Außenstehenden nur wenig von der Bestellung abweicht, für den Besteller sich als andere, ganz unbrauchbare darstellen kann [5]). Andererseits [6]) wollte man dieser Ansicht nicht ganz soweit beitreten, vielmehr sollte den herrschenden Gebräuchen und den am Orte geltenden Usancen ein für die Entscheidung maßgebender Einfluß zustehen, um einem in dieser Richtung arglistig handelnden Verkäufer nicht die Vorteile des Artikels 347 Abs. 2 a. HGB. zugute kommen zu lassen. In Ansehung der durch die Anwendung dieser Grundsätze bewirkten Einschränkung des Artikels 347 wollte eine dritte Meinung [7]) an die Beurteilung der Frage nur einen ganz rein objektiven Maßstab anlegen. Immerhin herrscht insoweit Uebereinstimmung, als auf die Zweckmäßigkeit des Gutachtens eines Sachverständigen hingewiesen wird. Heutzutage sind im Handelsrecht — bis auf die oben erwähnte Ausnahme — mangelhafte und andere Sachen in der Behandlung einander gleichgestellt. Dadurch ist erreicht worden,

---

5) Gareis, a. a. O. S. 14 Anm. 1; Gareis in Endemann's Handbuch II, S. 686 f.

6) Schlotter, a. a. O. S. 7.

7) Hanausek, Haftung S. 231 f. und Anm. 23.

daß wenigstens im Handelsverkehr die gewisse Willkür[8]) in den zu treffenden Entscheidungen ausgeschaltet wurde. Im bürgerlichen Recht wird man sich auch heute noch recht häufig vor die Entscheidung der Frage gestellt sehen: Liegt nur eine mangelhafte Sache bezw. eine solche vor, der zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder ist eine ganz andere Sache geleistet worden, und können die Grundsätze über unbestellt zugesandte Sachen zur Anwendung kommen? Hier muß, wie Franke[9]) mit Recht ausführt, der subjektive Wille der Parteien unberücksichtigt bleiben, und es darf nur die Verkehrsanschauung Geltung haben, denn es würde zu weit führen, wollte man, wenn z. B. Wein in der Absicht ihn zu trinken, bestellt wurde, diesen, weil er bei der Lieferung bereits sauer geworden war, als nichtbestellt ansehen. Der Käufer hat dann die Gewährleistungsansprüche, kann das Zugesandte aber nicht als unbestellte Ware ansehen und Erfüllung des Vertrages beanspruchen. Wenn eine Entscheidung gefällt werden muß, so ist ein Sachverständiger zu Rate zu ziehen.

Juristisch muß man endlich auch dann von einer Zusendung nichtbestellter Sachen sprechen, wenn z. B. ein Kaufvertrag getätigt wurde und in Erfüllung dieses Vertrages Sachen geschickt werden, der Kaufvertrag aber nichtig ist. Als Beispiel hierzu möge folgendes dienen: A schließt mit B einen Kaufvertrag über 100 Liter „Rosewein", und B war bei Abschluß dieses Kaufvertrages, wie sich erst später herausstellt, wegen Geisteskrankheit entmündigt, also geschäftsunfähig. Wenn nun B dem A die 100 Liter „Rosewein" zusendet, so ist diese Ware zwar auf Bestellung des A an diesen geschickt, trotzdem aber für ihn eine unbestellte Zusendung, weil die Bestellung an den geschäftsunfähigen B erfolgt war.

Abschnitt 3.

Der rechtliche Charakter dieser Zusendung.

A. Stellungnahme zur Reklame.

In den allermeisten Fällen des Vorliegens einer unbestellten Zusendung wird der Absender ein Geschäftsmann, ein Kaufmann sein. Die Beweggründe für seine Handlungsweise liegen auf der Hand: er will seinen Umsatz vergrößern.

---

8) Friedheim, a. a. O. S. 114; Löhr, Zentralorgan für deutsches Handels- und Wechselrecht I, S. 582; Hanausek, a. a. O.; Busch's Archiv, B. 15, S. 187.
9) Franke, a. a. O. S. 11.

Wohl in den meisten Fällen wird es sich darum handeln, für die Ware einen Käufer zu finden. Zur Erreichung dieses Zieles stehen ihm mancherlei Mittel, die später näher beschrieben werden sollen, zur Verfügung. Im folgenden soll zunächst auf das Wesen der Reklame eingegangen werden.

Was hat man unter „Reklame“ zu verstehen? So sehr uns das Wesen der Reklame in letzter Zeit vertraut geworden ist, soll versucht werden, ihren Begriff mit Worten streng abzugrenzen, denn wenn er entgleitet, wird er unscharf und schwankend. Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter „Reklame“ bald eine Tätigkeit, bald eine Wissenschaft, bald sogar das einzelne Werbemittel, z. B. Plakat, Inserat. Und ebenso wirft die Umgangssprache die verwandten Begriffe „Werbung“, „Agitation“ und „Propaganda“ mit dem der Reklame als gleichbedeutend zusammen. Man darf unter Werbung den weitesten Begriff, der alle anderen in sich einschließt, verstehen. „Werbung“ ist systematische Einwirkung auf Personenmassen mit der Absicht, diese einem bestimmten eigennützigen Zweck des Werbenden dienstbar zu machen. Wohlgemerkt: einem eigennützigen, das heißt nicht unbedingt einem geschäftlichen Zweck! Werbung kann z. B. auch der Religion oder der Politik dienen. Man muß also zwischen geschäftlicher und außergeschäftlicher Werbung unterscheiden[1]).

Ist nun geschäftliche Werbung gleichbedeutend mit Reklame? Diese Frage ist zu verneinen. Es gibt eine große Anzahl geschäftlicher Werbearten, die nichts mit Reklame zu tun haben. Ein Stellungsgesuch in einer Zeitung ist nicht Reklame. Nicht etwa darum, weil es nur einmal erscheint, das würde nicht entgegenstehen. Auch ein Saisonausverkauf wird vielleicht nur einmal angekündigt und ist doch Reklame. Der kritische Punkt liegt vielmehr darin, daß bei einem Stellungsgesuch der geschäftliche Zweck nur zufällig, nur einmal auftritt, während Reklame das Bestehen eines ständigen Geschäftszweckes erfordert. Oder: wenn ein Unternehmer Zeitungsartikel inspiriert, bei Behörden interveniert, dann treibt er wohl geschäftliche Werbung, aber keine Reklame. Denn nur solche geschäftliche Werbung kann als Reklame angesprochen werden, die aus Veröffentlichungen, Mitteilungen, Bekanntmachungen besteht. Endlich fällt alle diejenige Werbung aus dem Rahmen der Reklame heraus, wo persönliche Verbindung

---

1) Außergeschäftliche Werbung ist (nach Schulze-Pfaelzer) gleichbedeutend mit „Propaganda“ oder — wenn das Kampfmotiv stark betont ist — mit Agitation.

zwischen dem Werbenden und der Allgemeinheit vorhanden ist, also Werbung durch Vertreter und Reisende. Diese Abgrenzung ist wichtig, denn es ist klar, daß persönliche Werbung ein ganz anderes planmäßiges Verfahren einschlagen muß, als die (unpersönliche) Reklame. Der Reisende z. B. sieht dem Kunden Aug' in Aug', die Reklame aber muß, auf sich selbst beruhend, in's Ungewisse arbeiten. Zum Unterschied von geschäftlicher Werbung kann also „Reklame" definiert werden als „systematische Einwirkung auf Personenmassen — und zwar mittels unpersönlicher, indirekter Mitteilungen — um eine möglichst große Anzahl von Personen einem ständigen geschäftlichen Zweck dienstbar zu machen". Dieser geschäftliche Zweck besteht zwar nicht immer, wohl aber in der Regel darin, für bestehendes Angebot entsprechende Nachfrage zu finden [2]).

Zu ihrem Entstehen braucht die Reklame nur zwei Voraussetzungen. Erstens Ungleichheit zwischen Angebot und Nachfrage (d. h. praktisch Ueberwiegen des Angebotes über die Nachfrage), und zweitens die Möglichkeit, diese Spannung, d. h. dieses Ueberangebot durch Reklame wirksam auszugleichen. Das Ueberangebot kann in zwei Formen erscheinen: Entweder, es wird im ganzen Lande wirklich mehr erzeugt, als die Nachfrage verlangt, oder es wird zwar ungefähr ebensoviel erzeugt, wie nachgefragt wird, aber die Verteilung ist ungleichmäßig. Entsprechend diesen zwei Erscheinungsformen können der Reklame zwei grundverschiedene Aufgaben erwachsen. Besteht wirkliches, echtes Ueberangebot, dann muß die Reklame künstlich Nachfrage erzeugen. Liegt aber nur ungleichmäßige Verteilung vor, dann muß die Reklame bestrebt sein, die Nachfrage von der Konkurrenz weg auf den eigenen Betrieb zu lenken. Man kann im ersten Falle von „Einführungsreklame", im zweiten Fall von „Konkurrenzreklame" sprechen. Fehlen die genannten zwei Voraussetzungen (Ueberangebot und wirksame Ausgleichung durch Reklame), dann gibt es bis auf den heutigen Tag keine Reklame. Andere als die genannten zwei Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Es ist nicht nötig, daß die Wirtschaft schon in das Stadium der arbeitsteiligen Produktion getreten ist, damit Reklame entstehen kann, wohl aber ist es richtig, daß die Reklame erst in der modernen arbeitsteiligen Wirtschaft die überragende Stellung einnimmt, die sie heute genießt. Die

---

2) Gewisse Branchen (Antiquitätenhandel) treiben regelmäßig Einkaufsreklame. Auch die großen Warenhäuser verfolgen mit ihrer Verkaufsreklame gleichzeitig Zwecke des Einkaufs.

arbeitsteilige Wirtschaft bringt es nämlich mit sich[3]), daß nicht mehr — wie in der guten alten Zeit[4]) — nur soviel erzeugt wird, wie man sicher abzusetzen die Aussicht hatte. Der Erzeuger erzeugt — will er nicht passiv arbeiten — grundsätzlich soviel, wie es die Kapazität seines Betriebes verlangt[5]). Erst dann wird er sich bemühen, für das Produzierte durch eifrige Arbeit Absatz zu finden. Daraus erklärt sich eine für unsere Zeit ganz bezeichnende Passivität der Nachfrage. Der Käufer verwendet auf den Einkauf weder Zeit noch Mühe noch Nachdenken; er hat es ja auch nicht nötig, denn die Verkäufer rennen ihm ja die Türen ein, um ihm das Finden und Auswählen der Bezugsquellen möglichst bequem zu machen. Früher einmal war es nicht minder schwer einzukaufen als zu verkaufen. Es war nicht einmal ganz leicht, überhaupt Ware zu bekommen. Gute Ware aber fand ganz von selbst Absatz, ihr Verkauf erforderte keine Werbearbeit. Aus dieser Zeit stammt auch das Vorurteil weiter Kreise gegen die Reklame, das sich so hartnäckig bis heute erhalten hat. Gute Ware braucht doch keine Reklame, sie empfiehlt sich von selbst. Also muß eine Ware, für die Reklame gemacht wird, schlecht sein, wozu braucht sie sonst Reklame? Gewiß, auch heute noch empfiehlt sich gute Ware von selbst, nur das Tempo solcher Empfehlung wäre für unsere schnellebige Zeit zu langsam. Ehe die Empfehlung von Mund zu Mund genügend weite Kreise durchlaufen hat, sind schon Tausende von neuen Konkurrenten auf dem Kampfplatz, deren Reklame in kurzer Zeit alles zunichte machen würde, was die mündliche Empfehlung in ihrem langsamen Tempo erreicht hat. Daher: keine Ware, welcher Art sie auch sei, ob neuartig unbekannt oder alt eingeführt, kann sich ohne Reklame durchsetzen. Wie steht nun das Publikum, die Allgemeinheit, grundsätzlich der Reklame gegenüber?

An einer Stelle spricht Casson[6]) von der Fähigkeit der Reklame: „to make buy uninterested people" — „uninteressiertes Volk zum Kauf zu bewegen". Dieses ist — aber nur dann — in vollem Umfange zutreffend, wenn gewisse

3) Vergl. Wygodzinski, a. a. O. S. 96.

4) Im Zeitalter der Zunftwirtschaft war es eine Hauptsorge der Zunft selbst wie der städtischen und Staatsbehörden, daß die Masse der erzeugten Waren nicht größer würde als der Absatz. Es konnte sogar der Fall eintreten, daß die Gewerbe einfach „geschlossen" wurden, um eine Ueberproduktion zu verhindern; so wurde noch im Jahre 1788 durch königliches Reskript die Zahl der Berliner Tabakspinner auf 54 Meister beschränkt. (Wygodzinski, a. a. O. S. 96.)

5) Wygodzinski, a. a. O. S. 97, 98.

6) Herbert N. Casson, ads and sales, London 1915.

Voraussetzungen erfüllt sind. Der Reklametreibende muß nämlich davon ausgehen, daß das Publikum grundsätzlich der Reklame nicht sehr freundlich gegenübersteht, sie sogar oft mit Interesselosigkeit behandelt. Das ist rein menschlich betrachtet sehr begreiflich. Die Reklame ist so aufdringlich, wirbt und schmeichelt so laut und lästig, daß das Publikum gar nicht daran denkt, wie nötig, ja unentbehrlich ihm die Reklame eigentlich ist. Es fühlt heftigen Widerwillen gegen den aufdringlichen Werbenden, der fortwährend nur von Geldausgeben und Kaufen spricht.

Ebenso wichtig ist das Mißtrauen des Publikums. Auch das ist zu verstehen: Die Reklame ist dem Publikum ja doch kein wahrhafter Freund. Sie redet wohl sehr schön und versucht zu beweisen, daß sie nur das Wohl der Käufer im Auge hat. Aber so naiv ist das Publikum nicht, daß es nicht wüßte, wie gleichgültig dieses den Reklametreibenden läßt. Dieser will verdienen, sonst nichts. Was sich hinter den schönen Worten der Anpreisung verbirgt, ist trotz allem nur ein Attentat auf den Geldbeutel des Publikums. Daher lauert dieses argwöhnisch darauf, daß die Reklame dieses ihr wahres Gesicht zeigt, die nackte Gewinnsucht entschleiert. Das Publikum will ausspüren, wo der Haken liegt, und natürlich vermutet es einen solchen am ehesten dort, wo die Reklame sich unklar ausdrückt, manches zu verschweigen scheint. Wo aber die Reklame ganz unumwunden spricht, dort findet sie kein Mißtrauen. Dort bringt man ihr sogar hohes Vertrauen entgegen, was auch ganz vernünftig und berechtigt ist. Die Reklame spricht zu der Masse, nicht zum einzelnen, sie kann daher nicht dem einzelnen „nach dem Munde reden“, wie z. B. ein Reisender. Solche Falschheit ist der Reklame fremd. Denn was sie sagt, gilt ja nicht für einen, sondern für alle, es muß daher stimmen, sonst wäre es zu leicht als unwahr entlarvt. Wenn daher die Reklame ihrer Ware einen besonderen Vorzug zuschreibt, wird man wohl vernünftigerweise annehmen können, daß es damit seine Richtigkeit hat. Man wird vielleicht vermuten, daß sie viele andere Mängel hat, aber für so unklug wird man den Reklametreibenden nicht halten, daß er seiner Ware gerade *den* Vorzug zuschreibt, den sie nicht hat.

Solches ist die Einstellung des Publikums. Für die Reklame erfließen daraus zwei Gesetze:

Um dem Argwohn des Publikums zu begegnen, muß die Reklame ganz freimütig und offen sprechen, sie muß nicht nur die reine Wahrheit, sondern die volle Wahrheit sagen, sie darf „nichts verschweigen und nichts hinzusetzen“, nichts

verschleiern und nichts verdrehen, es heißt: Farbe bekennen! Um die Interesselosigkeit, zum mindesten aber die gewisse unfreundliche Einstellung des Publikums zu besiegen, muß sich die Reklame voll und ganz, unter Verleugnung aller eigenen Interessen, auf den Standpunkt des Publikums stellen!

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal die Definition der Reklame, so wissen wir, daß die Reklame irgendwelche Mitteilungen aussendet, und daß diese Mitteilungen die Riesenarbeit leisten müssen, den Sinn des Publikums, der doch dem Reklamezweck gar nicht sehr freundlich ist, so zu beeinflussen, daß ein Gefühl z. B. der Kauflust entsteht. Die Reklame teilt mit, sie kann nicht zwingen, sie hat keinerlei Machtmittel in der Hand, ihrer Mitteilung ein wenig nachzuhelfen, sie kommt einmal zu Wort und ist dann stumm. Alles andere muß dann das Publikum selbst leisten, in seiner Gedankenwelt wandelt sich die Mitteilung mit Hilfe komplizierter seelischer Vorgänge bis zum z. B. Kaufentschluß.

Welche Mittel stehen nun dem Reklametreibenden, dem Werbenden zur Verfügung, um den Erfolg herbeizuführen, wie er nach der genannten Definition der Reklame gedacht ist?

Unter dem Ausdruck „Reklamemittel" versteht man die Gegenstände oder Einrichtungen, die dem Publikum die reklamebegründenden Wahrnehmungen bieten sollen, also die Werkzeuge, deren sich die Reklame bedient. Sie sind ihrer Anzahl nach beschränkt, und wenn sie nicht in irgendeiner Form zur Anwendung gebracht werden, liegt keine Reklame im oben beschriebenen Sinne mit ihren im folgenden besprochenen Auswirkungen vor.

Für das vorliegende Thema können wegen ihrer Eigenart als körperliche, bewegliche und daher zusendbare Sachen nur die zur „optischen Reklame" zu zählenden Druckwerke und die zur „Sachreklame" zu zählenden „Waren an sich" in Betracht kommen. Zu nennen ist hier als „optisches Reklamemittel" zunächst der Katalog. Durch seine Vermittlung hat der Umworbene, das Publikum, die Möglichkeit, näheres über die noch im Hintergrund stehende, ihrer Zweckbestimmung harrenden Ware zu erfahren, der Katalog macht dem Publikum Mitteilungen. Er ist ein Warenverzeichnis, in dem die einzelnen Waren entweder bildlich dargestellt (Katalog einer Zierpflanzengärtnerei) oder sonstwie (Bücherkatalog) näher beschrieben sind. In den allermeisten Fällen ist diese Warenbeschreibung mit Preisen versehen, unerläßlich ist dieses jedoch nicht.

B. Die Aufforderung zu Offerten.

Wenn jemand unaufgefordert Kataloge bezw. Preislisten verschickt, so trägt er sich nicht mit dem Gedanken, gegenüber jedem Empfänger — sie zählen oft nach Hunderten — die Verpflichtung einzugehen, mit diesem ohne ein weiteres Mitbestimmungsrecht seinerseits Verträge abzuschließen. Dieses läßt sich leicht erklären: Der Absender ist einmal mit Rücksicht auf seine in den meisten Fällen immerhin beschränkten Warenvorräte gar nicht in der Lage, mit einer unbeschränkten Anzahl von Personen Verträge einzugehen, zum anderen hat er auch im Regelfalle ein berechtigtes Interesse daran, vor dem Vertragsabschluß in Erfahrung zu bringen, mit wem er es zu tun hat, wie die Kreditfähigkeit seines Gegenkontrahenten ist usw. Beabsichtigt ist daher nur — wie es der Reklamenatur entspricht — durch den Empfang des Kataloges die Empfänger, das Publikum, anzureizen, mit dem Absender rechtsgeschäftliche Beziehungen anzubahnen, indem sie ihrerseits dem Absender eine Offerte stellen sollen. Das Zugesandte soll eben nur die Grundlage für eine solche Offerte abgeben, es soll „das Publikum auf die Gelegenheit zum z. B. Kaufen hinweisen und gleichzeitig die Geneigtheit zur Entgegennahme von Vertragsanträgen erklären“[7]). Bei dem definitiven Abschluß der darauf folgenden Verträge aber will der Absender ein Mitbestimmungsrecht haben. Schon dieses Moment ergibt, daß es sich bei dem Uebersenden von Katalogen nicht um eine rechtsgültige Offerte handeln kann. Sodann ist aber zu berücksichtigen, daß — wie schon oben hinsichtlich der Preisbestimmung erwähnt — in den Katalogen recht oft nicht alle diejenigen Punkte angegeben sind, welche zum Gegenstand des Vertrages gemacht werden sollen. Die Folge davon ist, daß der Empfänger des Kataloges überhaupt nicht in der Lage ist, ohne weiteres Aussichherausgehen des Absenders einen Vertrag bezüglich der Sachen zustande zu bringen, die im Katalog verzeichnet sind. Der Artikel 337 des alten Handelsgesetzbuches enthielt die ausdrückliche Bestimmung: „das Anerbieten zum Verkauf, welches erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch M i t t e i l u n g von Preislisten, Lagerverzeichnissen . . . geschieht, oder bei welchem die Ware, der Preis oder die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, ist kein verbindlicher Antrag zum Kauf.“ Nach den Motiven[8]) ist absichtlich von der Aufnahme einer solchen Be-

---

7) Motive Bd. 1., S. 166 ff.
8) Ebenda, S. 167.

stimmung in das Bürgerliche Gesetzbuch Abstand genommen worden. Man ließ sich dabei von der Erwägung leiten, die Entscheidung dürfe der Rechtswissenschaft überlassen werden, die im einzelnen Fall aus dem Willen des Absenders zutreffend werde entscheiden können, daß derartige Angebote für den Absender prinzipiell unverbindlich seien. Wenn also bei Uebersendung von Katalogen bezw. Preislisten eine Offerte regelmäßig nicht vorliegt, so kann es sich nur um eine Einladung hierzu (invitatio ad offerendum) handeln. Praktisch bedeutsam kann die zugesandte Sache freilich bei der Auslegung des später abgeschlossenen Vertrages werden. Immer aber wird der Absender auch regelmäßig den Willen haben, das Eigentum auf den Empfänger zu übertragen. Er erwartet nämlich nicht — und zwar mit vollem Recht —, daß der Empfänger den Inhalt des Kataloges, der ja dazu bestimmt ist, den Leser über die ganze Erzeugung (oder das gesamte Lager) des Reklametreibenden stets für eine gewisse Zeit orientiert zu halten, bei einer nur kurzen Gebrauchsüberlassung im Gedächtnis behält, bis er Bedarf für die eine oder andere der darin angepriesenen Sachen hat. Daher soll der Katalog aufbewahrt und bei passender Gelegenheit wieder hervorgeholt und durchgesehen werden. Gerade dieser Umstand hat in erster Linie dazu beigetragen, daß sich die Bestimmung der Größenform derartiger Druckwerke geradezu zu einer Art Technik herausgebildet hat: Man ist in der Geschäftswelt peinlichst bestrebt, das Format der üblichen Aufbewahrungsart der Geschäftspapiere des Umworbenen anzupassen. Ein Katalog darf z. B. keinen riesenhaften Umfang haben. Neuerdings werden die Kataloge sogar nicht mehr fest gebunden, sondern nach dem Mappensystem angeordnet. Die einzelnen Blätter sind gelocht und werden durch Schnüre oder Klammern verbunden. Dieses Mappensystem hat verschiedene Vorteile. Das Manipulieren mit Katalognachträgen ist erleichtert. Früher mußten diese einen eigenen Umschlag bekommen, jetzt können die Nachtragblätter dem Umworbenen lose zugesendet werden, damit dieser sie einheftet. Wenn nun alle diese Momente m. E. darauf hinweisen, daß das Eigentum — wie schon gesagt — regelmäßig auf den Empfänger übergehen soll, so würde trotzdem an sich eine Leihe, selbst für längere Zeit, rechtlich nicht ausgeschlossen sein. Jedoch kann man sich schlecht vorstellen, daß ein gewiegter Geschäftsmann einen vielleicht wochen- oder monatelang durchblätterten und hierdurch sicherlich nicht ansehnlicher gewordenen Katalog zurückfordert, weil kein Auftrag — wie erwartet — einläuft. Der nachfolgende Empfänger desselben Druckwerkes könnte mit Recht ungünstige Rückschlüsse auf ein Unternehmen anstellen, welches mit derartigen „Reklamemitteln" arbeitet. Schon die Aufmachung eines Kataloges soll bestechen, sie soll, was

keiner weiteren Erörterung bedarf, Lustgefühle erwecken, die zu einer näheren Betrachtung des Kataloginhaltes anregen. Es ist deshalb besagte Zusendung — wie schon dargetan — nicht nur eine Aufforderung zu einer z. B. Kaufofferte, sondern auch gleichzeitig eine Eigentumsübertragungsofferte, durch deren Annahme das Eigentum übergeht und zwar deshalb, weil in dem Empfang der Sache die Uebergabe liegt, also beide Erfordernisse, Einigung und Uebergabe, erfüllt sind. Da der Absender aber mit dem Zusenden eines Kataloges nicht in erster Linie das Eigentum an diesem verschaffen, sondern nur die oben beschriebenen Reklamefolgen zeitigen will, und, nur um dieses zu erreichen, die Uebereignung vornimmt, kann man diese Art der Zusendung einer nichtbestellten Sache m. E. nie als Schenkungsofferte auffassen. Diese Ansicht ist nicht unbestritten. Im Falle der Zusendung eines künstlerischen Kataloges spricht Weist[9]) von einer Schenkung, da durch die künstlerische Ausstattung die Reklamenatur der Sendung von der causa donandi in den Hintergrund gedrängt werde, er schließt das für diesen Fall sonst gegebene Widerrufsrecht wegen Undankes aus und begründet dieses damit, daß ein Verzicht darauf seitens des Absenders nach der Verkehrsanschauung anzunehmen sei. Dieses ist, wie Franke[10]) mit Recht betont, abzulehnen: es liegt keine Schenkung, sondern eine undingte Eigentumsübertragung vor, die nicht auf einer Schenkungsabsicht beruht, sondern den Zweck verfolgt, mit dem Uebertragenen Reklame zu machen und auf das darin Angeführte besonders aufmerksam zu machen. Hin und wieder kann man bei künstlerisch wertvollen Katalogen — meist auf einem besonderen Querstreifen — den Vermerk finden: „nur leihweise überlassen". Der Absender weiß also sehr gut, daß er ohne einen solchen Hinweis keinen Anspruch hat, den kostspieligen Katalog zurückzubekommen.

Die Uebereignung wird ohne Bedingung vorgenommen. Der Absender des Kataloges verlangt nicht, daß sich der Empfänger auf die Reklame einläßt und z. B. die beschriebene Sache kauft. Der Eigentumsübergang ist auch dann gegeben, wenn der Empfänger den künstlerischen „Möbelkatalog für Brautpaare" sofort der Haushälterin als Brennmaterial übergibt. Um dieser Gefahr möglichst vorzubeugen, verleiht eben der Absender — abgesehen von dem eben erwähnten gangbaren Format — dem Druckwerk auch ein gefälliges Aussehen. Die hiermit verbundenen Unkosten werden — wohl oder übel — mit in Kauf genommen, den Grund

---

9) Weist, a. a. O. S. 25 f.

10) Franke, a. a. O. S. 12; ebenso Kohler im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 38, S. 310, der auch keine Schenkung annimmt, sondern einen der „vielen neutralen Akte des Lebens".

hierfür ergibt das oben geschilderte Wesen der Reklame[11]). Jedenfalls steht dieser Reklameaufwand der Eigentumsübertragung nicht entgegen. Wohl in den meisten Fällen unterhält sogar jeder Geschäftsmann einen offiziellen Reklamefonds; Kropeit und Ost-Petersen (zitiert bei Lysinski)[12]) haben sogar aus der Literatur Einzeldaten für ein Großhandelshaus der Lebensmittelbranche, für ein Versandgeschäft und für eine Lebensmittelkleinhandlung hinsichtlich des Reklamebudgets veröffentlicht.

Man sieht also nochmals: „Eigentumsübertragung", um auf diesem Wege Offerten zu bekommen, evtl. „Fort mit Schaden". Genau derselben Beurteilung unterliegt ein weiteres optisches Reklamemittel: die Broschüre, die im Gegensatz zum Kataloge nicht über die ganze Produktion Aufschlüsse geben will, sondern den Leser über das Allgemeine der Produktion belehrt oder nur einzelne besonders interessante Erzeugnisse beschreibt. Im übrigen muß die Ausstattung der Broschüre, da auch sie zur Aufbewahrung bestimmt ist, ebenso gediegen sein, wie die des Kataloges. Endlich seien in diesem Zusammenhang noch die „Drucksachen im engeren Sinn" erwähnt. Unter diesem Sammelnamen versteht man geschäftliche Mitteilungen verschiedener Natur, die alle gemeinsam gekennzeichnet sind durch kleineren Umfang und dadurch, daß sie nur zu einmaliger Kenntnisnahme, nicht zu dauerndem Gebrauch bestimmt sind. Erinnert sei an die bekannten Schriften: „An die Hausfrau", „An den Haushaltungsvorstand". Meist werden Artikel für den Haushalt angeboten. Oft handelt es sich aber auch um die Ankündigung einer Geschäftseröffnung: „Um freundliche Unterstützung meines jungen Unternehmens wird höfl. gebeten." Sehr häufig wird — katalogähnlich — folgende typische Wendung gebraucht: „Bevor Sie Ihren Bedarf in umstehenden Materialien decken, liegt es in Ihrem eigenen Interesse, bei uns vorzusprechen."

Was nun die oben bereits erwähnte — in den Gegensatz zur „optischen Reklame" gesetzte „Sachreklame" anbelangt, so werden im kaufmännisch-reklametechnischen Sprachgebrauch allgemein zwei Tatbestände unterschieden: 1. Das Zusenden von „betriebseigener Ware" und 2. das Zusenden von „betriebsfremder Ware". Reklame, wohlgemerkt „Reklame" im oben beschriebenen Sinn, durch die betriebseigene Ware geschieht entweder, wie schon erwähnt, durch die „Ware an sich" (Kostprobe, Muster) oder, was hier keiner weiteren Erörterung bedarf, durch die Aufmachung der Ware (Emballage) oder aber dadurch, daß sich die Ware in einer ganz besonderen Umgebung befindet (Schaufenster, Ausstellungen,

11) Kohler, a. a. O. S. 312 ff.
12) Lysinski, Die Organisation der Reklame, Berlin 1924.

Messen). Sowohl bei der Kostprobe als auch bei dem Muster handelt es sich um kleine, an sich meist wertlose Mengen der von dem Absender „en gros" oder „en detail" geführten Waren. Hieraus schon ergibt sich m. E., daß solche Kostproben bezw. Muster („was gezeigt wird" vgl. Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache, Leipzig 1926, S. 320), rechtlich genau so zu charakterisieren sind wie die oben beschriebenen „optischen Reklamemittel". Auch sie sind nicht in Schenkungsabsicht zugesandt, sondern in der oben bezüglich des Kataloges u. s. w. geschilderten Absicht. Der Geschäftsmann geht von der Erwartung aus, der Empfänger werde zwecks Prüfung die Kostprobe verbrauchen bezw. das Muster eingehend untersuchen und dadurch sich bestimmen lassen, entsprechende Ware zu bestellen. Auch in diesen Fällen verschmerzt der Geschäftsmann den im Regelfall nicht sehr erheblichen materiellen Verlust (notwendigen Reklameaufwand), in der Hoffnung, der auf Grund des Zugesandten evtl. abzuschließende z. B. Kaufvertrag werde ihn für alle Opfer und Mühen entschädigen. Vielleicht! Und in der Tat zeigt die Beobachtung des täglichen Lebens, daß derartige Sendungen häufig genug zu Vertragsabschlüssen führen, das Publikum fühlt sich geschmeichelt, nicht zum mindesten aber übt auch die Unmittelbarkeit der Prüfung bezw. Besichtigung auf das Publikum einen besonders starken Anreiz zum Kaufen, es wird „seelisch fasziniert" [13]). Es ist „deshalb" auch „eine solche Zusendung sowohl eine Aufforderung z. B. zu einer Kaufofferte als auch gleichzeitig eine Eigentumsübertragungsofferte, durch deren Annahme das Eigentum übergeht, da in dem Empfang der Sache bereits die Uebergabe liegt, also beide Erfordernisse, Einigung und Uebergabe, erfüllt sind".

Daß nun in den bisher beschriebenen Fällen einer unbestellten Zusendung, abgesehen von der im Regelfall vorliegenden Eigentumsübertragung, kein Rechtsgeschäft liegt, ist daraus zu ersehen, daß auch ein Geschäftsunfähiger Reklame machen kann [14]), wenn auch allerdings nicht in der hier geschilderten Art, denn er kann ja kein Eigentum übertragen. Auch eine Stellvertretung kann man hinsichtlich der Reklame, was diese selbst angeht, nicht annehmen. Immerhin aber kann die Reklame zu einer Straftat ausarten, doch ist dies nicht ihre rechtliche Natur (sie „schlägt aus ihrer Art"), sondern nur eine von der Rechtsordnung gemißbilligte Ausführung von ihr [15]). Wie jedes Tun im Leben kann auch sie durch gewisse Tatbestände eine Straftat werden. Vornehmlich kommt hier das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 in Betracht. Zahlreiche Fälle der

13) Kohler, a. a. O. S. 312.
14) Kohler, a. a. O. S. 311.
15) Franke, a. a. O. S. 13; Kohler, a. a. O. S. 311.

schwindelhaften Reklame, bestehend in öffentlichen, unrichtigen Angaben über geschäftliche Verhältnisse, durch die der Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorgerufen wird, sind denkbar [16]). Die Reklame ist also eine rechtlich nicht bedeutsame Lebensäußerung, „ein neutraler Akt", und infolgedessen ist das Zusenden von Reklamesachen im oben beschriebenen Sinn, abgesehen von der nebenhergehenden Eigentumsübertragung, ebenfalls rechtlich ohne Bedeutung, weil der Reklamezweck derartiges Uebergewicht hat, daß er allein den Ausschlag für die rechtliche Natur dieser Sendung gibt. Es liegt „ein Opfer an den Götzen Publikum" vor [17]). Oben ist schon angedeutet worden, daß im kaufmännischen Sprachgebrauch zu dem Begriff „Sachreklame" auch das Zusenden von „betriebsfremder Ware" gerechnet wird, und zwar sagt man, Reklame durch betriebsfremde Ware geschehe meist in der Form der „Geschenk r e k l a m e" und der — hier nicht weiter interessierenden — „Prämienreklame". M. E. ist die Bezeichnung „Geschenkreklame" ungeachtet ihrer allgemeinen Verbreitung irreführend.

Was versteht man unter „betriebsfremder Ware"? Sie hat manchmal zur betriebseigenen Ware noch gewisse Beziehungen, sie dient ihr als Behälter, als Werkzeug oder als Zubehör, meist fehlt ihr aber jeder Zusammenhang mit der betriebseigenen Ware, und nur ein Aufdruck oder ähnliches stellt manchmal noch einen solchen Zusammenhang her. Einige Beispiele sollen darlegen, aus welchen Gründen m. E. der Ausdruck „Geschenk r e k l a m e" abzulehnen ist. Wenn jemand mit einem Bankhause in einschlägiger geschäftlicher Verbindung steht, bekommt er häufig, z. B. zum Jahreswechsel, einen hübsch ausgestatteten Kalender mit Notizvorrichtung. Was denkt sich die Bank bei der Zusendung dieser sicherlich betriebsfremden Sache? Will sie auf Kundenfang ausgehen, will sie den Empfänger anreizen, mit ihr geschäftliche Verbindungen anzuknüpfen? Die Frage muß verneint werden. Der Empfänger ist längst über die geschäftlichen Gepflogenheiten „seiner" Bank orientiert, weil er ja bereits mit ihr in Geschäftsverbindung steht, es bedarf keiner weiteren Empfehlung, keines weiteren Hinweises seitens der Bank: „Hier bin ich, komm zu mir, Du wirst gut bedient!" Infolgedessen kann es sich m. E. lediglich nur um eine kleine Aufmerksamkeit für den treuen Kunden handeln. Dem steht nicht entgegen, daß die Bank sich vielleicht sagt: „Kleine Geschenke erhalten die Freundschaft", also vielleicht Reklame für Fortsetzung eines bestehenden Zustandes. Diese evtl. Vorstellung kann aber nicht als Werbung, als geschäftliche Reklame im oben geschilderten Sinn angesprochen werden. Die Courtoisie überwiegt, sie ist

---

16) Dalcke, a. a. O. § 1 ff., S. 577.
17) Kohler, a. a. O. S. 313.

Hauptzweck. Einem kaufmännischen Unternehmen stehen, wie oben ausgeführt ist, viel wirksamere Mittel, eben „Reklamemittel", zur Verfügung, als solche Kleinigkeiten, die, weil nicht betriebseigen, nicht die Eigenart des Unternehmens veranschaulichend, gar nicht so eindringlich wirken können. Damit soll nun aber nicht gesagt sein, daß solchen völlig betriebsfremden Sachen jegliche suggestive Reklamewirkung abzusprechen wäre! Sehr wohl kommt es vor, daß eine Bank oder ein sonstiges Unternehmen z. B. Notizbücher in besonders schöner Aufmachung (Saffianleder, Goldschnitt) auch an Nichtkunden verschickt. Stets befinden sich aber, wie wohl jeder schon einmal festzustellen Gelegenheit gehabt haben wird, Aufschriften oder sonstige Hinweise darauf, die einen sicheren Aufschluß über das Tätigkeitsgebiet des Absenders gestatten, z. B. „Volksbank", „Eisen- und Stahlwerk Müller A.-G., Spezialität: Grauguß und Förderanlagen".

Welche Vorstellung veranlaßt den Absender zur Zusendung dieser nichtbestellten Sachen an Nichtkunden? Der Absender wird sich, wie auch hier die Erfahrung des täglichen Lebens zeigt, mit Recht sagen, daß der Empfänger einer solchen kleinen Kostbarkeit die angenehme Vorstellung haben kann: „Wie gut fundiert muß dieses Unternehmen sein, wenn es auf's Geratewohl solche immerhin nicht gerade ganz billigen Sachen auswirft, und dabei bin ich — als Nichtkunde — sicher nicht der einzige Bedachte, da will ich es doch mal versuchen!" Man sieht: ausgesprochene Reklame. Verfasser hat Gelegenheit gehabt, durch Umfrage festzustellen, daß gerade große Unternehmen sich dieses Mittels fast durchgängig bedienen, da die Interessenten über die betreffenden Geschäftsartikel allgemein laufend unterrichtet sind, diese also nicht mehr z. B. katalogmäßig veranschaulicht werden brauchen. Es gibt viele Waggonfabriken, jede produziert durchschnittlich dieselben Modelle, aber jede versucht, ihre „Bonität" auf dem eben geschilderten Wege in's rechte Licht zu setzen: Nicht die Güte des Fabrikates, sondern die Güte des Unternehmens und die damit verbundene Kulanz soll gezeigt werden. Man ist sich eines gewissen Luxus bewußt, aber diesen Luxus sollen auch andere feststellen und eben daraus ihre Schlüsse ziehen. Und wie ist dieses nun rechtlich zu beurteilen? Es handelt sich ebenfalls um eine Aufforderung zu einer z. B. Kaufofferte in Verbindung mit einer Eigentumsübertragungsofferte. Eine Bank erhofft z. B. ein Geldeinlageangebot, eine Waggonfabrik erwartet eine Bestellung von 10 Kühlwagen. Anders verhält es sich mit der z. B. Zusendung eines Notizbuches seitens eines Bankhauses an den Kunden: es handelt sich lediglich um ein Geschenk, um eine Belohnung. Hier wäre demnach die Möglichkeit des Widerrufes wegen Undankes gegeben, praktisch wird dieses ja aber wohl nie

vorkommen. Genau derselben Beurteilung unterliegen Sachen, die zur betriebseigenen Ware noch eine gewisse Beziehung haben. Man denke z. B. an die Briefbeschwerer einer Schienenfabrik, die oft als feinvernickelte, kleine Schienenkreuzung oder in Form eines T-Eisens versandt werden. Der gute Kunde, z. B. eine Straßenbahn G. m. b. H., bekommt das Stück für seine Büroräume als belohnendes Geschenk. Dasselbe Unternehmen als Nichtkunde aber soll Rückschlüsse auf die Bonität des Absenders ziehen. Abschließend sei kurz gesagt: Wenn an Nichtkunden betriebsfremde Sachen oder solche Sachen, die zur betriebseigenen Ware noch eine gewisse Beziehung haben, versandt werden, so verspricht sich der Absender eine Reklamewirkung in der oben beschriebenen Form, weil er annehmen darf, daß durch die eigenartige Aufmachung der Sache das Schönheitsgefühl des umworbenen Publikums, seine Freude am Originellen, wohltätig angeregt wird, und so die Lust zur Anbahnung geschäftlicher Beziehungen in Form einer Offerte entsteht.

Die Reklame „schenkt“ also nicht.

C. Die Offerte.

a) Im allgemeinen.

Auf Seite 23 haben wir unter ausdrücklicher Hervorhebung des Wortes „Reklame“ den allgemein herrschenden kaufmännischen reklametechnischen Sprachgebrauch zu Wort kommen lassen, der besagt, daß Reklame durch die betriebseigene Ware nur durch Kostproben, Muster . . . geschehen kann. Infolgedessen könnte man versucht sein, einfach kurz zu sagen, daß eine „Reklame“ nicht vorliegt, wenn ein Kaufmann — was sehr oft geschieht — nicht nur einen Repräsentanten der „Ware an sich“, nämlich Kostprobe, Muster, sondern die Ware selbst, ein ausgesuchtes, genau spezifiziertes Stück seines Lagers übersendet, z. B. ein Paar Lackschuhe, eine 5 Pfund-Dose Malossolkaviar. Es soll aber kurz versucht werden, darzutun, was von dieser erwähnten allgemeinen Auffassung zu halten ist. Um hierzu Stellung zu nehmen, muß man sich in die Lage eines Geschäftsmannes versetzen. Kann man dann sagen, er will mit dem ausgesuchten, meist einen erheblichen Wert ausmachenden Stück seiner Ware Reklame treiben und es dem Schicksal der oben beschriebenen „Reklamemittel“ aussetzen? Kann man sich vorstellen, daß der Geschäftsmann sich etwa sagt: „Auch wenn meine Erwartung, eine demnächstige Geschäftsverbindung, fehl geht, habe ich mein Unternehmen doch in Erinnerung gebracht, bezw. ich habe dem betreffenden Adressaten, der mich bisher garnicht kannte, vor Augen geführt, an wen er

sich demnächst einmal im Bedarfsfalle zu wenden hat"? Keineswegs! Jeder Kaufmann weiß, welchem Schicksal — was später zu erörtern ist — die hier in Frage stehende Ware ausgesetzt sein kann. Er wird sich hüten, sein Warenlager, zum mindesten aber einen großen Teil — denn nur dann könnte er sich Reklamewirkung (Massensuggestion) versprechen — aus reinen Reklamegründen zu übersenden, stehen ihm doch viel billigere und somit ungefährlichere Mittel, eben die oben beschriebenen „Reklamemittel" zur Verfügung. Etwas ganz anderes muß also gewollt sein. Aus dem Zusenden der genau spezialisierten Ware evtl. in Verbindung mit einem Begleitschreiben ist zu entnehmen, daß der Absender, der Geschäftsmann, alles tun will, um ein reibungsloses Zustandekommen eines Vertrages mit dem Adressaten zu ermöglichen. Wir haben es hier mit einer Willenserklärung zu tun. Hieran knüpfen sich, was unten noch darzutun ist, einige Folgeerscheinungen. Was sind Willenserklärungen? Im Sinne des Gesetzes versteht man darunter Bekundungen eines rechtsgeschäftlichen Willens, welcher der Außenwelt gegenüber erklärt ist. Das Reichsgericht[18]) nennt sie „Erklärungen, welche eine ihrem Inhalte kongruente Rechtsfolge vermöge der die Wirksamkeit des Parteiwillens in gewissen Grenzen anerkennenden Gesetzesmacht hervorzubringen bestimmt sind". Nötig ist also, daß ein bestimmter Wille in der Außenwelt in die Erscheinung getreten ist; solange der Wille rein innerlich geblieben ist, darf ihm von der Rechtsordnung keinerlei Bedeutung zugebilligt werden und zwar, wie Zitelmann[19]) zutreffend bemerkt, einmal aus Zweckmäßigkeitsgründen, weil sich das rein innerlich bleibende Wollen nur außerordentlich schwer würde beweisen lassen, und ein solcher Rechtszustand eine große Unsicherheit des Verkehrs zur Folge haben würde, zum anderen deswegen, weil das rein innere Vorhaben erst durch die Tat bestimmt genug wird, um vom Recht als Anknüpfungspunkt rechtlicher Wirkungen verwendet zu werden. Wenn man sich also darüber einig ist, daß der innere Wille in Erscheinung getreten sein muß, so kann die Art, in der dieses geschieht, eine ganz verschiedene sein. Es genügt ein Verhalten, das einen Schluß auf einen entsprechenden Willen gestattet. Ob ein solcher Schluß jeweils angebracht ist, hat nicht der einzelne, z. B. der Handelnde selbst, sondern die Allgemeinheit und die Verkehrsanschauung zu entscheiden. Dabei muß gänzlich außer acht gelassen werden, ob auch ein entsprechender innerer Wille, wie er nach der Verkehrsanschauung objektiv geäußert ist, bei dem betreffenden Individuum

---

18) R.G. Bd. 58, S. 346.

19) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 247; vgl. auch Weist, a. a. O. S. 12.

vorhanden war oder nicht. Am eingehendsten hat sich Danz[20]) mit dieser Frage beschäftigt und sie an zahlreichen Beispielen vor Augen geführt. Abgesehen von der rein äußerlichen Bekundung des Willens muß man zum Begriff der Willenserklärung in subjektiver Beziehung noch einen Erklärungswillen fordern. Dazu gehört zunächst, daß der Handelnde das körperliche Verhalten als solches auch gewollt hat. Muß nun aber der Erklärungswille auch das Bewußtsein enthalten, daß mit der körperlichen Tätigkeit überhaupt eine Erklärung abgegeben wurde? Die Anschauungen hierüber gehen auseinander. Breit[21]), Bülow[22]), Eltzbacher[23]), Manigk[24]), Wendt[25]), Oertmann[26]) verlangen, daß der Erklärende das Bewußtsein hat, daß er eine Erklärung abgibt.

Wedemeyer[27]), Aßmann[28]), Biermann[29]), Danz[30]), Fritze[31]) und Planck[32]) bescheiden sich mit dem „äußeren Anschein eines Erklärungswillens", sodaß eine wirksame Willenserklärung schon dann gegeben ist, „wenn für den beteiligten Dritten der Schluß gerechtfertigt ist, daß der Handelnde den Erklärungswillen gehabt hat". Da aber im Falle der unbestellten Zusendung der Absender stets das Bewußtsein haben wird, eine Willenserklärung abzugeben, erübrigt es sich, auf diese Streitfrage einzugehen.

Wenn man nun die Willenserklärung des Absenders einer näheren Betrachtung unterzieht, so muß sie, da der Absender durch ihre Abgabe nicht lediglich rechtliche Vorteile erlangt, ihn vielmehr bei Annahme des Antrages durch den Empfänger auch Verpflichtungen zur Erfüllung des Vertrages treffen, von einem Vollgeschäftsfähigen herrühren[33]). Weiter ist zu beachten, daß der Antrag seinem Verkehrszweck nur dann genügen kann, wenn er dem Empfänger die sichere Aussicht bietet, daß seine Annahmeerklärung den Vertrag zustande bringt. Die Antragserklärung muß, wie bereits erwähnt, in der Absicht abgegeben sein, das Zustandekommen des Vertrages lediglich dem Antragsempfänger zu

---

20) Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, insbesonders S. 13 ff.; Danz, Iherings Jahrbücher 46, S. 388.
21) Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 161.
22) Bülow, Geständnisrecht, S. 114.
23) Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 140.
24) Manigk, Willenserklärung, S. 138.
25) Wendt, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 92, S. 238.
26) Oertmann, Kommentar I, Vorbemerkung vor § 104 unter 9, S. 308.
27) Wedemeyer, Abschluß usw., S. 60.
28) Aßmann, Rechtsstellung des Boten, S. 102 ff.
29) Biermann, Bürgerliches Recht § 69 Anm. 3.
30) Danz, Auslegung, S. 14 Anm. 2.
31) Fritze, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 98, S. 200.
32) Planck, Kommentar, 1. Bd., S. 210.
33) Weist, a. a. O. S. 14.

überlassen; der Antrag muß mit anderen Worten in bindender Absicht gestellt sein. Das Bürgerliche Gesetzbuch folgt hierin dem Vorgehen des allgemeinen Landrechtes [34]) und des alten Handelsgesetzbuches [35]), die zuerst im Gegensatz zum römischen und gemeinen Recht, wo nur der fertige Vertrag rechtsverbindlich war, den Grundsatz der Gebundenheit des Antragstellers an seinen Antrag aufstellten und damit eine nicht hoch genug anzuschlagende sichere Grundlage für den Vertragsschluß gegeben haben [36]). Ein Bindungswille würde z. B. bei folgenden Wendungen anzunehmen sein: „Ich stelle Ihnen fest an", Gebe Ihnen zum Verkauf an die Hand", „Ich bitte für mich in Nota zu nehmen". Andererseits enthält die Erklärung, „wenn es Ihnen paßt, kann ich Ihnen die Ware verkaufen", noch nicht den Bindungswillen des Antragstellers. Desgleichen bedeuten die im kaufmännischen Leben so oft vorkommenden Redewendungen: „Ohne Obligo", „Ohne Verbindlichkeit", „Freibleibend", „Zwischenverkäufe vorbehalten", daß der Absender sich völlige Handlungsfreiheit sichern will. Hier wie dort enthält die Erklärung des Absenders nur eine unverbindliche Einladung für den anderen Teil, aus sich heraus zu gehen, selbst mit Vertragsvorschlägen aufzuwarten. Diese Auffassung ist allerdings nicht unbestritten. Fischer-Henle [37]) und Planck [38]) sind der Ansicht, daß der Ausschluß der Gebundenheit der Annahmefähigkeit des Vertragsantrages nicht entgegenstehe, daß somit trotzdem noch ein wirksamer Antrag vorliege. M. E. gehört aber zu einem Antrag, soll er wirksam sein, als wesentlicher Bestandteil die Gebundenheit, bei deren Ausschluß auch kein wirksamer und demnach annahmefähiger Antrag mehr vorliegt [39]).

Abgesehen von der Bindungsabsicht des Absenders muß eine Offerte, wenn sie gültig sein soll, aber auch Angaben über alle wesentlichen Bestandteile des demnächst abzuschließenden Vertrages enthalten, und zwar nicht nur über diejenigen, die zum Wesen des Vertrages gesetzlich gehören, sondern auch über diejenigen, über welche nach dem Willen des Absenders Vereinbarungen getroffen werden sollen [40]). Der Vertragsantrag muß also so gefaßt sein, daß es ausschließlich im Belieben des Empfängers steht, ihn entweder durch ein „Ja" oder durch Entscheidung für eine von mehreren angetragenen Möglichkeiten anzunehmen.

---

34) A.L.R.G. I, 5 § 90 ff.
35) a. H.G.B. Artikel 319.
36) Vgl. Aßmann, a a. O. S. 31 ff.; Friedheim, a. a. O. S. 23.
37) Fischer-Henle zu § 145 Anm. 5.
38) Planck, § 145 Anm 3.
39) Staudinger, Erl. 7a zu § 145; Staub, Kommentar Exkurs zu § 361 Anm. 12; Rehbein, Kommentar Bd. 1, S. 230.
40) Motive Bd. 1, S. 167 ff.

b) Insbesondere bei unbestellten Zusendungen, sowie deren Auslegung.

Nachdem soeben die zu jedem Vertragsantrage notwendig gehörenden Tatbestandsmomente besprochen worden sind, sollen nunmehr des näheren die verschiedenen Arten von Offerten, um die es sich bei der Zusendung von nichtbestellten Sachen handeln kann, einer Betrachtung unterzogen werden. So vielgestaltig unser Verkehrsleben heute ist, so mannigfacher Natur können auch die mit der Zusendung nichtbestellter Sachen verbundenen Zwecke sein. Immerhin aber wird man sagen können, daß die in Verkaufsabsicht erfolgte Zusendung nichtbestellter Sachen wohl am häufigsten vorkommt. Das soll aber kein Grund sein, die Erörterungen über unbestellte Zusendungen einseitig auf diesen am häufigsten vorkommenden Fall abzustellen. Wenn es auch wegen des Umfanges des Stoffes nicht möglich erscheint, alle nur denkbaren Fälle vorzubringen, die im Gebiet der unbestellten Zusendung vorkommen können, so sollen doch die Mittel erörtert werden, die uns der Gesetzgeber an die Hand gibt, um die Fälle der unbestellten Zusendung nach ihrer geschäftlichen Eigenart zu erkennen und einzugruppieren. Allerdings werden ja den unbestellten Zusendungen sehr oft Begleitschreiben beigefügt sein, in denen der Zweck der Sendung ausdrücklich genannt ist, z. B. durch Worte wie „Kaufofferte", „Mietofferte" u. s. w. Man sieht, daß die Absender solcher Schriftstücke bereits eine juristische Gedankenarbeit vorgenommen haben, haben sie doch das vorliegende Tatsachenmaterial den juristischen Begriffen eingeordnet[41]). Immerhin wird das aber nur in wenig komplizierten Fällen immer zutreffend sein und entbindet auch nicht von der Nachprüfung auf die Richtigkeit. Sodann ist ferner zu beachten, daß recht oft in den eben erwähnten Begleitschreiben die Bezeichnung der rechtlichen Natur der Sendung vollkommen fehlt. Häufig wird es auch vorkommen, daß die nichtbestellten Sachen ohne nähere Erklärung geschickt werden. Der Absender stellt dann den Empfänger lediglich vor die vollendete Tatsache, daß etwas zugeschickt ist, und überläßt es seinem Scharfsinn, die richtigen Schlüsse zu ziehen und die Zusendung unter die entsprechenden juristischen Begriffe zu bringen. In diesem Fall ist dann nur mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, welcher tatsächliche wirtschaftliche Erfolg beabsichtigt ist; wie dieser Erfolg aber rechtlich herbeigeführt werden soll, ob und welche Rechtsfolgen die Willenserklärung, so wie sie abgegeben ist, nach sich zieht, davon hat der Erklärende meist überhaupt keine oder nur eine schwache Vorstellung. Ueberhaupt geht bei den Ge-

---

41) Weist, a. a. O. S. 16.

schäften des täglichen Lebens der Wille der Parteien wohl nicht darauf, einen Rechtserfolg herbeizuführen, sondern beabsichtigt und zum Ausdruck gebracht ist regelmäßig nur der wirtschaftliche Erfolg[42]). Immerhin wird man sagen können, daß in allen Fällen, in denen der angestrebte wirtschaftliche Erfolg genügend deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist, es nicht schwer fallen wird, festzustellen, welcher Rechtserfolg durch die Willenserklärung herbeigeführt ist und auch nur herbeigeführt werden kann. Ist z. B. aus den Willenserklärungen der Parteien zu entnehmen, daß als wirtschaftlicher Erfolg Gebrauchsüberlassung einer Sache gegen Entgelt bezweckt war, so wollten die Parteien nicht gegenseitige Forderungen und Verpflichtungen begründen, vielmehr ging ihre Absicht dahin, hier eine bestimmte Sache benutzen zu können und dort Geld dafür zu bekommen. Trotzdem sind aber, auch wenn die Parteien bei Abgabe ihrer Willenserklärungen an diese wechselseitigen Rechte und Pflichten überhaupt nicht gedacht haben, diese Rechtsfolgen im Augenblick der Abgabe der Willenserklärungen existent geworden. Schwierigkeiten bezüglich der Feststellung der eingetretenen Rechtsfolgen ergeben sich aber, wenn, was oft vorkommt, aus der Willenserklärung nicht einmal klar hervorgeht, welcher wirtschaftliche Erfolg angestrebt war. Hierher gehören die Fälle, in denen die Willenserklärung des Absenders zweideutig ist oder Lücken aufweist. Dann müssen im Wege der Auslegung die Zweideutigkeiten beseitigt oder die Lücken ausgefüllt werden. Man darf also mit Fug und Recht von einer „doppelten Funktion der Auslegung" sprechen[43]), einmal nämlich von einer Auslegung im engeren und eigentlichen Sinne, zum anderen von einer Auslegung im weiteren Sinn mit ergänzender Funktion. Im letzteren Sinn sprechen auch die Protokolle[44]) von einer „Ergänzung des fehlenden Willens" und in der Juristischen Wochenschrift[45]) wird zutreffend ausgeführt: „Es kann zugegeben werden, daß, wenn Willenserklärungen in der bezeichneten Weise ausgelegt werden, es sich dabei nicht immer um eine Auslegung im streng wissenschaftlichen Sinne, sondern in manchen Beziehungen um eine Ergänzung des fehlenden Willens handelt; allein in diesem Sinn spricht auch das Gesetz (§ 157 BGB.) von Auslegung der Verträge." Wenn man also der üblichen juristischen Redeweise folgt, so muß man zunächst prüfen, welche Momente

42) Danz, Auslegung S. 7.
43) Wedemeyer, Auslegung und Irrtum, S. 4 oben.
44) Protokolle I, S. 625.
45) J. W. 1908, S. 301.

in dem Verhalten des Absenders zu dieser Auslegung heranzuziehen sind. Ehe aber von Auslegung gesprochen werden darf, muß zunächst eine Willenserklärung, die stets Gegenstand der Auslegung ist, feststehen. Wenn es sich aber, wie in unserem Fall, um empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt, so kann, ebenso wie dieselben nur wirksam werden, soweit sie dem Erklärungsgegner zugehen, auch nur als Auslegungsmaterial in Betracht kommen, was dem anderen Teil zugegangen ist[46]). Zu berücksichtigen ist in diesem Fall aber, daß als Willenserklärung nicht nur das dem Gegner ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) Mitgeteilte in Betracht kommt, sondern auch ein bestimmtes Verhalten als Willenserklärung angesprochen werden kann. Soweit diese Tatsachen für den Gegner wahrnehmbar sind, demnach also auch als zugegangen angesehen werden können, müssen auch sie als Auslegungsmaterial herangezogen werden. Hierauf sind dann die §§ 133 und 157 BGB. anzuwenden. Was nun zunächst den § 133 BGB. anbelangt, so soll der „wirkliche Wille" erforscht werden, und man darf nicht „an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks" haften. Hier bedarf zunächst der Ausdruck „wirklicher Wille" einer Erörterung. Mit dieser Wendung ist nicht gemeint, daß bei der Auslegung der innere Wille, den der Erklärende bei Abgabe der Erklärung gehabt hat, dabei aber gar nicht nach außen in Erscheinung getreten ist, durch Auslegung festzustellen sei. Mit dem innerlich gebliebenen, überhaupt nicht geäußerten Willen hat sich die Auslegung gar nicht zu befassen, denn wir haben es ja, wie schon erwähnt, noch nicht mit einer von der Rechtsordnung anerkannten Willenserklärung zu tun. Ist das aber der Fall, so kann auch nicht von Auslegung gesprochen werden. Letztere hat es nämlich immer nur mit der Feststellung des Inhaltes einer ihrer Existenz nach feststehenden Willenserklärung zu tun. Für den Fall des zur Geltungbringenwollens des inneren Willens mittels Auslegung würde man gegen § 119 BGB. verstoßen, denn diese Gesetzesvorschrift ist gerade dann heranzuziehen, wenn der innere Wille ein anderer gewesen ist, als der äußerlich objektiv erklärte. Diese Bestimmung wäre dann unnötig[47]). Gemäß § 133 BGB. soll nur berücksichtigt werden, daß viele Menschen oft nicht imstande sind, sich genau und unzweideutig im Geschäftsverkehr untereinander

---

46) Cosack, Lehrbuch § 63 II 2; Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 160, 429, 456 und 460; Leonhard, Der Irrtum usw., S. 175; Wedemeyer, Auslegung und Irrtum, S. 19 und 34; Weist, a. a. O. S. 18.

47) Danz, Auslegung, S. 4 und 62; Manigk, S. 160 und 430; Oertmann zu § 133 unter 2 a.

ander auszudrücken bezw. die richtigen juristischen Ausdrücke anzuwenden („Leihbibliothek“). Trotzdem aber soll in diesen Fällen nicht das Geltung haben, was — rein äußerlich betrachtet — erklärt worden ist, die Erklärungen sollen also nicht im buchstäblichen Sinne aufgefaßt werden, sondern der Richter, an den sich vor allem die Auslegungsvorschriften wenden [48]), soll möglichst den wahren Willen, vorausgesetzt, daß er nicht rein innerlich geblieben ist, sondern sich aus anderen, nach außen hin in Erscheinung tretenden Tatsachen, z. B. Nebenbesprechungen, Punktationen usw. ergibt, erforschen und so mithelfen, den von den Parteien beabsichtigten Erfolg herbeizuführen. Man geht nicht zu weit in der Annahme, daß die Parteien bei Abschluß von Geschäften recht oft auch nicht in der Lage sind, alle Punkte zu erfassen und einer ausdrücklichen Regelung zu unterziehen, die möglicherweise in der Folgezeit streitig werden können. Es ist unausbleiblich, daß ihre Willenserklärungen in diesem Sinne unvollständig bleiben, denn auch der erfahrenste Mensch kann wohl kaum alle Fragen im Voraus lösen, die in Zukunft eintretende, unvoraussehbare Umstände nach sich ziehen können. Leitet nun die eine Partei aus einem derartig unvollkommen geregelten Geschäft ein Recht her, über dessen Entstehung bei Abschluß des Vertrages überhaupt nicht gesprochen worden ist, so ist damit noch nicht gesagt, daß infolgedessen das Recht auch nicht zur Entstehung gelangt ist, die betreffende Partei im Prozeß also mit ihrem Anspruch abzuweisen wäre, vielmehr hat auch hier die auslegende richterliche Tätigkeit einzusetzen, die bedeutsamste, ist doch von ihr der Prozeßausgang abhängig. Auch zu dieser ergänzenden Auslegung ermächtigt § 133 BGB. Es ist hier ebenfalls zur Erforschung des wahren Willens das gesamte Auslegungsmaterial, soweit es als zugegangen betrachtet werden kann, heranzuziehen und zu fragen: Wie würden die Parteien, wenn sie an diesen Punkt gedacht hätten, denselben geregelt haben. Man sieht, es treten in diesem Falle Rechtsfolgen ein, ohne daß die Parteien bei Abschluß des Geschäfts an sie gedacht haben [48a]).

Als weiterer Auslegungsgrundsatz ist nunmehr § 157 BGB. einer Betrachtung zu unterziehen. Er verlangt, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es erhebt sich die Frage, ob diese Gesetzesbestimmung, die von Verträgen spricht, auf unseren Fall, wo es sich um eine einseitige Willens-

---

48) Weist, a. a. O. S. 19.
48a) So auch Weist, a. a. O. S. 20.

erklärung handelt, überhaupt Anwendung finden kann. Der Grund für diese Bestimmung ist nun der, daß bei den Geschäften des täglichen Lebens jeder Mensch an diese Geschäfte einen bestimmten Maßstab anlegt, sich gewissen nur natürlichen Erwartungen hingibt: er glaubt, daß derjenige, mit dem er sich in geschäftliche Beziehungen einläßt, sich in einem ganz bestimmten Sinne verhalten werde, nämlich so, wie es bei einem Verkehr unter billig Denkenden als richtig empfunden wird. Es ist nur allzu verständlich, daß man sich mit Personen, bei denen von vornherein das Gegenteil feststeht, gar nicht erst abgeben wird. Wenn nun auch dieser Anschauung billig und rechtlich denkender Menschen vor allem die Verträge unterworfen sein werden, so sind sie es doch nicht allein; auch einseitige Willenserklärungen werden von billig denkenden Menschen so gedeutet, wie sie es als korrekt empfinden, insbesondere, wenn sie, wie die sogenannten Empfangsbedürftigen, für den Verkehr mit anderen Menschen bestimmt sind. Auch bei einseitigen Willenserklärungen ruft der Erklärende bei dritten Personen ein Vertrauensgefühl wach, demgegenüber er zur Treue verpflichtet ist. Man darf daher die Auslegungsregel des § 157 BGB. mit der herrschenden Meinung auch bei einseitigen Willenserklärungen zur Anwendung bringen[49]. So Crome, Danz, Dernburg, Düringer-Hachenburg, Hölder, Planck, Staub, Staudinger, Windscheid-Kipp. Einen grundsätzlich anderen Standpunkt vertritt lediglich Leonhard[50], der den Grund der Beschränkung darin findet, daß bei Rechtsgeschäften des einzelnen, besonders bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen, von Verkehrsgeschäften nicht geredet werden und also auch die Verkehrssitte nicht zur Anwendung kommen könne. Oertmann[51] hält bei empfangsbedürftigen Erklärungen die Anwendung des § 157 BGB. sogar in vollem Umfange für geboten, läßt aber für die Offerte und deren Annahme nur § 133 zu. Dem darf nicht zugestimmt werden. Welcher Grund sollte vorliegen, ausgerechnet die Offerte und die Annahme der Offerte, für die, weil für die Außenwelt bestimmt, doch erst recht der Grundsatz von Treu

---

49) Crome, Bd. 1, S. 404; Danz, Auslegung usw., S. 105; Danz, Laienverstand und Rechtsprechung, in Jherings Jahrbücher 38, S. 466; Separatabdruck S. 34; Weiß, a. a. O. S. 21; **Dernburg, Bd. 1 § 111, III, Abs. 2,** S. 340; Düringer-Hachenburg, zu § 346, S. 208; Hölder, Recht 1901, S. 216; Planck zu § 157, S. 273; Staub, Bd. 1, S. 7; Staudinger zu § 157, S. 644; Windscheid-Kipp zu § 84 Anm. 12.
50) Leonhard, Allgemeiner Teil, S. 354—356.
51) Oertmann, Bd. 1 zu § 157 unter 1 b und 3.

und Glauben zu gelten hat, auszuschließen, wo alle anderen einseitigen, empfangsbedürftigen Willenserklärungen der Beurteilung der herrschenden Verkehrssitte unterliegen?

Wenn man demnach § 157 BGB. auch auf die einseitigen Willenserklärungen anwendet, so ergibt sich für die Beurteilung des Verhaltens des Absenders noch ein weiterer Auslegungsgrundsatz. Zu berücksichtigen ist doch, daß im rechtsgeschäftlichen Verkehr die Menschen an das Verhalten ihresgleichen bestimmte Maßstäbe legen, von bestimmten Erwartungen ausgehen, und daß die Einzelperson auch normalerweise dementsprechend handelt. Man darf nun für den Fall, daß eine Willenserklärung unklar oder unvollkommen ist, von der Erwartung ausgehen, daß der Erklärende den Anschauungen des Verkehrs entsprechend hat handeln wollen. Aus diesem Grunde erscheint es gerechtfertigt, Treu und Glauben, jenen objektiven, im Verkehr billig und gerecht denkender Menschen sich herausbildenden Maßstab für die Feststellung des Inhaltes einer Willenserklärung zu verwenden. Wenn man abgesehen davon auch noch die Verkehrssitte berücksichtigt, so soll damit nicht gesagt sein, daß hier noch ein weiterer Maßstab für die Auslegung, der etwa neben Treu und Glauben zu berücksichtigen wäre, gegeben ist. Bei der Auslegung nach Treu und Glauben soll vielmehr lediglich die Verkehrssitte mit herangezogen werden, enthält sie ja doch nur regelmäßig etwas, was Treu und Glauben entspricht. Infolgedessen kann man in etwa die Verkehrssitte als „eines der Bestandteile des Begriffes „Treu und Glauben" bezeichnen[52]). Aber diese Auslegungsvorschrift darf nicht dazu führen, den inneren, nicht geäußerten Willen des Erklärenden zu erforschen; ein nicht geäußerter Wille darf unter keinen Umständen nach einer Auslegungsregel beachtet werden. Aufgabe der Auslegung ist es auch hier, den Inhalt zweifelhafter Willenserklärungen festzustellen und lückenhafte Willenserklärungen so zu ergänzen, wie man es bei objektiver Beurteilung nach Treu und Glauben für richtig und geboten hält. Man hat also damit zwei Auslegungsregeln gewonnen, denen beiden die Feststellung des Inhaltes einer unklaren oder lückenhaften Willenserklärung gemeinsam ist: Gemäß § 133 BGB. ist unter der Voraussetzung des Vorhandenseins eines zulässigen Auslegungsmaterials der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und gemäß § 157 BGB. muß festgestellt werden, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern. In welchem Verhältnis stehen nun

---

52) Schneider, Treu und Glauben, S. 149.

diese beiden Gesetzesbestimmungen zueinander? Darf man beide nebeneinander zur Anwendung bringen oder nur die eine, und welche Bestimmung ist dann vorzüglich anzuwenden?

Um diese Frage beantworten zu können, muß man zunächst von der Erwägung ausgehen, daß die Verkehrssitte sich aus einer langdauernden, gleichmäßigen Uebung im Verkehr der Menschen untereinander entwickelt. Wenn nun auf diese Weise eine festumgrenzte Verkehrssitte entstanden ist, so hat das zur Folge, daß in Zukunft die Menschen bei Abwicklung ihrer Geschäfte diese Verkehrssitte berücksichtigen, sie haben den Drang, ihre Rechtsgeschäfte so geregelt zu wissen, wie es verkehrsüblich ist. Daher ist es nur natürlich, wenn sie davon Abstand nehmen, diejenigen Geschäftsbestandteile, die schon durch die Verkehrssitte eine bestimmte Regelung erfahren haben, noch ausdrücklich zu regeln und nur noch Vereinbarungen darüber treffen, was sich nicht von selbst, d. h. nach der Verkehrsansicht, ergibt. Wenn jemand einen Laden betritt und eine dort zum Verkauf ausgestellte Sache verlangt („wollen Sie mir einmal den grünen Hut zeigen, der links in der Schaufensterecke steht"), so bringt er damit nach der Verkehrsanschauung zum Ausdruck, daß er die bezeichnete Sache kaufen will[53]). Immerhin ist das nur das gewöhnliche, denn der Ladenbesucher kann auch von vornherein erklären, daß er die verlangte Sache aber nicht kaufen, sondern nur entleihen wolle. Damit gibt er deutlich zum Ausdruck, daß er genau weiß, welche Erwartungen der Ladeninhaber auf Grund des Betretens des Ladens und des Besichtigens des Hutes hegen darf, er will also von vornherein vermeiden, daß sein Verhalten so gedeutet wird, wie es der Verkehr im gewöhnlichen Fall zu tun pflegt. Der Ladenbesucher schließt also die geltende Verkehrssitte aus[54]). Das ist aber in diesem Fall, will er seinen wahren Willen zur Geltung bringen, auch erforderlich. Andererseits ist es den Menschen aber auch unbenommen, jederzeit ihre Rechtsgeschäfte innerhalb der von der Rechtsordnung ihnen gewährten Grenzen in einer von der herrschenden Verkehrssitte abweichenden Art zu regeln. Erforderlich ist in diesem Fall lediglich, daß dieser abweichende Wille auch in irgendeiner Weise — sei es ausdrücklich, sei es durch ein sonst erkennbares Verhalten — geäußert worden ist. Man kommt also zu dem Ergebnis, daß bei einer auslegungsbedürftigen Willenserklärung zunächst geprüft werden muß, ob der Erklä-

53) Weist, a. a. O. S. 23

54) Weist, a. a. O. S. 23.

rende einen „wirklichen Willen" ausdrücklich oder durch sein sonstiges Verhalten kundgetan hat, und daß erst dann, wenn ein solcher wirklicher Wille aus dem zulässigen Auslegungsmaterial sich nicht ergibt, die Willenserklärung auszulegen ist, „wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Von einer Konkurrenz der beiden Auslegungsregeln der §§ 133 und 157 BGB. kann also, wie Wedemeyer[55]) und Weist[56]) zutreffend bemerken, nicht die Rede sein, wenn „ein wirklicher Wille" nicht zu ermitteln ist, sei es, daß ein solcher bezüglich der aufzufindenden Willenserklärung überhaupt nicht vorhanden war (Fall II. bei Wedemeyer, Seite 20), oder ein solcher zwar vorhanden war, aber nicht geäußert worden ist (Fall I. bei Wedemeyer, Seite 18). Wohl aber ist eine Konkurrenz der §§ 133, 157 BGB. dann gegeben (Fall III. bei Wedemeyer, Seite 33), wenn aus dem gesamten zulässigen Auslegungsmaterial ein „wirklicher Wille" sich ergibt, welcher der Verkehrssitte nicht entspricht. In diesem Fall muß dann, weil jeder einzelne, wie dargetan, die Verkehrssitte durch einen bestimmten Willen ausschließen kann, der wirkliche Wille zur Geltung kommen und erst im übrigen, soweit sich ein wirklicher Wille aus dem vorhandenen Auslegungmaterial nicht mehr feststellen läßt, ist Treu und Glauben und die Verkehrssitte heranzuziehen, um Licht in die Unklarheiten zu bringen. Dieser Standpunkt wird außer von Wedemeyer auch von Enneccerus-Lehmann[57]) und Düringer-Hachenburg[58]) vertreten. Wenn Oertmann[59]) das Kollidieren der beiden Auslegungsregeln bei Auslegung von Offerte und Annahme der Offerte für ausgeschlossen hält, weil § 157 BGB. auf diese Willenserklärungen überhaupt nicht Anwendung finden könne, so ist das eben, wie Weist richtig bemerkt, eine Folge der willkürlichen und ungerechtfertigten Ausschließung gerade dieser Willenserklärungen vom Geltungsbereich des § 157 BGB. Im folgenden sollen jetzt die einzelnen, vornehmlich in Betracht kommenden Möglichkeiten und die Wesenseigentümlichkeiten der verschiedenen Vertragsangebote einer Betrachtung unterzogen werden.

Der am häufigsten vorkommende Fall ist, wie schon erwähnt, der, daß der Absender die Sache mit Verkaufsabsicht übersendet. Da zur Vollständigkeit einer gültigen Offerte,

---

55) Wedemeyer, Auslegung und Irrtum.
56) Weist, a. a. O. S. 23.
57) Enneccerus-Lehmann, Bd. 1, § 114 Anm. 3.
58) Düringer-Hachenburg, Bd. 2, S. 207.
59) Oertmann zu § 157 unter 1b.

wie oben schon dargetan, erforderlich ist, daß sie Angaben über alle wesentliche Vertragsbestandteile enthält, muß das Angebot des Absenders in diesem Fall erkennen lassen, was verkauft werden soll und zu welchem Preis dieses geschehen soll, mit anderen Worten: es sind Angaben über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis erforderlich. Dem ersten Erfordernis ist durch die gleichzeitige Uebersendung der Sache, die dadurch präzisiert ist, Genüge geschehen, denn eben über das Mitgesandte soll ja der Vertrag geschlossen werden[60]. Hanausek[61]) meint allerdings, daß in dieser Weise auch ein Genuskauf angestrebt werden kann, so, wenn in der Faktura nur Sachen von einer bestimmten Qualität angeboten werden, und der Absender mit den dieser Qualität entsprechenden Sachen, die er gleichzeitig unbestellt zuschickt, den Leistungsakt für den Fall des Zustandekommens des Kaufvertrages erbringen will. Dieser Ansicht kann aber nicht beigepflichtet werden, denn durch die Zusendung tritt stets eine Spezialisierung ein[62]). Auch bei Mehrsendungen tritt durch die Absonderung des über den bestellten Teil hinausgehenden Restes nichtbestellter Sachen immer eine Spezialisierung ein.

Was nun den Kaufpreis anbelangt, so wird auch über ihn wohl regelmäßig eine Bestimmung getroffen sein. Der Absender will eben, wie schon erwähnt, alles tun, um ein glattes Zustandekommen des Vertrages mit dem Empfänger der Sache zu ermöglichen. Er will ihn nicht in die Lage versetzen, sich nach dem Kostenpunkt erst noch zu erkundigen, dieses könnte eventl. Ausgaben verursachen (Porto, Fernsprechgebühr) und daher Unlustgefühle erregen, abgesehen davon wäre bei diesem Hin und Her für den Fall, daß es doch nicht zu dem erhofften Abschluß kommt, kostbare Zeit verloren gegangen. Daher fügt man der Sendung ein Begleitschreiben, eine Rechnung oder eine Faktura bei, woraus der Kaufpreis genau zu ersehen ist. Es genügt aber bloße Bestimmbarkeit des Kaufpreises. Allerdings wird die Anwendbarkeit dieser Grundregel für nichtbestellte Sachen in dieser Allgemeinheit bestritten[63]). Sie soll nur Gültigkeit haben, wenn für die Sache eine feste Taxe besteht. M. E. ist eine derartige Einschränkung im vorliegenden Fall ungerechtfertigt, denn wenn der Preis bestimmbar ist, so ist der Zweck

60) Gareis, a. a. O. S. 10.
61) Hanausek, Haftung I, S. 218.
62) Schlotter, a. a. O. S. 46 f.
63) Klemm, a. a. O. S. 11 f.

erreicht, daß eine Einigung darüber erfolgen kann[64]). Trotz Fehlens eines Begleitschreibens ist es sehr gut denkbar, daß ein gültiger Antrag zu einem Kaufvertrage infolge Bestimmbarkeit des Kaufpreises vorliegt. Die Vertragsgegner haben vielleicht kurze Zeit vorher einen Kauf über eine Sache derselben Gattung und von gleicher Beschaffenheit zu einem bestimmten Preise abgeschlossen. Dann gilt für den späteren Kauf derselbe Preis[65]). Oder es bestehen gar zwischen den Parteien Geschäftsverbindungen, und es ist von derselben Sache schon öfter etwas bezogen worden, dann wird der frühere Preis auch auf diese Sachen Anwendung finden, die unverlangt zugeschickt wurden[66]). Bei einer Zuvielsendung wird für das unbestellte Mehr der Preis der bestellten Sachen in Frage kommen. Nicht selten wird aber der Kaufpreis auch aus allgemeinen Gründen bestimmbar sein, nämlich dann, wenn ein objektiver Maßstab für die Feststellung vorhanden ist. Derartige Maßstäbe sind der Markt-, Börsen-, Verkehrs-, ortsübliche oder der aus bestehenden Laden-, Lager- oder Richtpreisen ersichtliche Preis[67]). Diese Maßstäbe kommen auch dann zur Anwendung, wenn eine andere Sache als die bestellte ohne Faktura gesandt worden ist, und der Empfänger sie kaufen will. Unter Umständen kann, vorausgesetzt, daß die erwähnten Richtlinien der Preisbestimmung fehlen[68]), die Bestimmung des Preises nach billigem Ermessen der einen Partei, gemäß § 316 BGB. des Absenders, vorgenommen werden sollen. Immerhin wird man aber sagen können, daß diese Fälle ziemlich selten sind und meist nur als Einladung, Offerte zu machen, angesprochen werden können. Eine derartige unverbindliche Aufforderung zur Stellung von Kaufanträgen muß insbesondere bei Warensendungen angenommen werden, die infolge der wechselnden Sammelsucht oder auf Grund besonderer Liebhabereien einen Liebhaber- oder Kennerwert haben, wie „alte Meister", Negerplastiken, Teppiche und dergl. Sachen[69]). In diesen Fällen wird der Absender dem

---

64) Aßmann, Unbestellte Zusendungen, S. 36.

65) Hanausek, Haftung I, S. 217 Anm. 4; Friedheim, a. a. O. S. 20; Luckhaus, a. a. O. S. 47; Pigge, a. a. O. S. 11.

66) R.G.R. Kommentar, Erl. zu § 145 I a.

67) Vgl. Hoppe, a. a. O. S. 29; Fränkel, a. a. O. S. 14; Friedheim, a. a. O. S. 20; Aßmann, Unbestellte Zusendungen, S. 33; Schlotter, a. a. O. S. 39; Danz, a. a. O. S. 51, 278: „So enthält die Zusendung einer unbestellten Ware, falls nicht zugleich die Preise angegeben werden, eine Bezugnahme auf die „üblichen" Preise oder „Marktpreise" oder auch eine Bezugnahme auf die „bisher beobachtete Geschäftsübung".

68) J. W. 1902, Beil. 253.

69) Aßmann, a. a. O. S. 33, 62 f.; Friedheim, a. a. O. S. 21; Pigge, a. a. O. S. 10, 12; Hoppe, a. a. O. S. 29 f.

Empfänger nur Gelegenheit verschaffen wollen, die Sachen zu besichtigen, um je nach Ausfall der Prüfung nunmehr seinerseits unter Vorschlag eines Preises den erforderlichen Kaufantrag zu stellen. Hier gilt der Satz: Ohne Abmachung kein Kauf [70]).

Außer den beiden angeführten essentialia; dem bestimmten Gegenstand und dem zummindesten bestimmbaren Preis kann ein Vertragsantrag noch verschiedene Nebenabmachungen aufweisen. Der Antragsteller hat nämlich das Recht, wie bei jedem Kaufantrag, so auch bei dem mit der unbestellten Zusendung beabsichtigten Kaufantrag nicht nur die gewöhnlichen Wirkungen und Eigenschaften des Kaufantrages, die naturalia (§ 433 BGB.), nach Gutdünken abzuändern oder auszuschließen, sondern auch noch besondere, dem Kaufvertrage begrifflich nicht wesentliche und auch nicht aus dessen Natur folgende Bestimmungen (accidentalia) hinzuzufügen [71]), doch dürfen keine Vorbehalte gemacht werden, soll nicht der sonst gültige Antrag zu einer bloßen Einladung zu einem solchen herabsinken. So kann der Absender z. B. die Haftung wegen Mängel der Sache beschränken und zwar bezüglich der Art der Mängel oder bezüglich der Zeit oder auch gänzlich ausschließen. In letzterer Hinsicht kann er seinem Antrage z. B. die Verwirkungsklausel, wonach der Kauf im Fall unpünktlicher Preiszahlung rückgängig gemacht werden soll, beifügen. Regelmäßig werden nun wohl die hiernach möglichen Bedingungen, Befristungen, Wahlmöglichkeiten und dergl. meist ausdrücklich erklärt werden müssen, doch lassen sich auch Fälle denken, wo sie stillschweigenderweise im Antrag enthalten sind. So ist bei unbestellt zugesandten Losen im allgemeinen davon auszugehen, daß der in der Zusendung enthaltene Kaufantrag nach dem Willen des Absenders hinfällig werden soll, wenn vor der Annahme das Los gezogen wird, denn nach der Ziehung käme nicht mehr ein Hoffnungskauf, sondern der Kauf einer entstandenen unbedingten Gewinnforderung in Betracht [72]).

In der Zusendung nichtbestellter Sachen kann ferner ein Antrag zu einem Dienstvertrag liegen. Nicht selten kommt es nämlich vor, daß ein Stellungsuchender einem anderen unaufgefordert Dienstbücher, Zeugnisse und ähnliches zusendet, um dadurch Zeit zu gewinnen und die Insertionskosten zu sparen.

---

70) Aßmann, a. a. O. S. 33 f.; Pigge, a. a. O. S. 10; Weber, a. a. O. S. 18.
71) Aßmann, a. a. O. S. 34.
72) Vgl. Hoppe, a. a. O. S. 30.

Wenn von einer „Leihbibliothek“ (Mietbücherei) unaufgefordert Bücher zugeschickt werden, so enthält diese Zusendung meist eine Offerte zu einem Mietvertrag. Ein Antrag zu einem Leihvertrag würde dagegen anzunehmen sein, wenn mir ein Freund Bücher z. B. in das Krankenhaus schickt, und aus der Sendung — was wohl in den meisten Fällen leicht zu erkennen ist — hervorgeht, daß die Benützung der Bücher unentgeltlich sein soll. Oft bekommen Handwerker oder Reparaturanstalten Sachen zugesandt, um sie auszubessern, bei denen es sich dann um einen Antrag zu einem Werkvertrag handelt. Bekannt ist, daß Verlagsanstalten oder Schriftleitungen fortgesetzt Schriften — man denke an die immer wiederkehrenden Frühlingsgedichte — unaufgefordert zugeschickt werden, ein Tatbestand, in dem ein Antrag zu einem Verlagsvertrag erblickt werden muß. Ein Transportvertrag soll abgeschlossen werden, wenn einem Spediteur Sachen zugeschickt werden.

Dies werden wohl die am häufigsten vorkommenden Fälle unbestellter Zusendungen sein. Bei unserem vielgestaltigen Verkehrsleben sind viele andere möglich. Dabei werden die Fälle wohl nicht immer so einfach liegen, wie die hier erwähnten. Es müssen dann die oben erörterten Auslegungsgrundsätze herangezogen werden.

Abschnitt 4.

Ist der Adressat zur Abnahme verpflichtet?

Gesetzt den Fall, daß die nichtbestellten Sachen sich noch nicht in den Händen des Empfängers befinden, sondern ihm von dem Ueberbringer zur Abnahme erst angeboten werden, ist er dann zur Abnahme der Sachen verpflichtet? Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist in den §§ 433 und 640 eine Abnahmepflicht für den Käufer hinsichtlich des Kaufobjektes und für den Besteller eines Werkes in bezug auf dieses festgesetzt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser beiden Gesetzesbestimmungen ist also ein gültig bestehender Vertrag, ein Tatbestand, der im Fall der unbestellten Zusendung nicht gegeben ist, handelt es sich doch — wie oben dargetan — erst um einen Vertrags*antrag*, der erst durch das Aussichherausgehen, durch die Tätigkeit des Adressaten, durch seine Annahme, zu einem Vertrage werden kann. Da der Adressat sich jedoch diesbezüglich völliger Entschlußfreiheit erfreut, er also zur Annahme der Offerte auf keinen Fall gezwungen werden kann, so kann man aus den erwähnten Gesetzes-

bestimmungen erst recht keine Pflicht herleiten, die nichtbestellten Sachen abzunehmen.

Gemäß § 362 Abs. 2 HGB. ist unter der Voraussetzung, daß es sich um Kaufleute handelt, der Adressat gehalten, die ihm unbestellt zugesandten Sachen „einstweilen vor Schaden zu bewahren". Um hierzu in der Lage zu sein, müssen natürlich die Sachen abgenommen werden. In diesem Fall besteht also eine Abnahmepflicht. Jedoch setzt § 362 HGB. voraus, daß einmal ein Gewerbebetrieb eines Kaufmanns ... „die Besorgung von Geschäften für andere mit sich bringt", ferner, daß Geschäftsverbindung zwischen ihm und dem Antragenden besteht, und daß die Sachen zum Zweck einer Geschäftsbesorgung mitgesandt sind. Abgesehen davon findet sich noch die Einschränkung, daß der Empfänger durch die Sachen oder sonstwie für die entstehenden Kosten gedeckt ist, andernfalls auch hier von einer Abnahmepflicht keine Rede sein kann. Aus alledem ist wohl mit genügender Deutlichkeit zu ersehen, daß man es im Falle des § 362 HGB. nur mit einer Ausnahmebestimmung zu tun hat. Zu dieser Ansicht zwingt auch die Stellung des § 362 im Gesetz[1]). § 362 HGB. regelt also nur den in ihm genau festgelegten Fall, er kann keine entsprechende Anwendung auf die übrigen Fälle der Zusendung nichtbestellter Sachen finden[2]).

§ 378 HGB. legt dem Käufer eine Rügepflicht auf, wenn für beide Teile ein Handelskauf vorliegt und „eine andere als die bedungene Waare oder eine andere als die bedungene Menge von Waaren geliefert ist". Gemäß § 379 HGB. ist der Käufer verpflichtet, der beanstandeten Ware, wenn sie von einem anderen Ort übersendet wird, eine einstweilige Aufbewahrung angedeihen zu lassen. Auch in diesem Fall besteht dann, um die Aufbewahrung zu ermöglichen, eine Abnahmepflicht. Es ist bereits erörtert worden, daß eine Zusendung von nichtbestellten Sachen auch dann vorliegt, wenn andere als die bestellten Sachen geschickt werden oder eine Mehrsendung vorliegt. Man muß aber hinsichtlich der Abnahmepflicht unterscheiden, ob die Abweichung von der Bestellung nur unerheblich ist, oder ob die Differenz offensichtlich so groß ist, daß der Verkäufer sich sagen muß, der Käufer werde seine Genehmigung nicht erteilen. Im ersten Fall erklärt das Gesetz unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Abweichung nicht sehr erheblich ist, in dem § 378, daß

---

1) Franke, a. a. O. S. 19.

2) Ebenso: Aßmann, a. a. O. S. 96; Fränkel, a. a. O. S. 63; Endemann, Handelsrecht § 137, I, S. 498; § 117, I, S. 427. Anderer Ansicht: Gareis, Stellen zur Disposition, S. 98.

die Vorschriften über die Lieferung von mangelhaften Sachen Platz greifen sollen und setzt somit im Interesse des Handelsverkehrs auch für nichtbestellte Sachen eine Abnahmepflicht fest. Anders verhält es sich im zweiten Fall. Hier hat der Absender ganz offenkundig eine nicht vertragsmäßige Leistung erbracht, und mit Recht haben auf diese unbestellt zugesandten Sachen die für diese geltenden Grundsätze zur Anwendung zu kommen. Allerdings versendet der Verkäufer die Sachen auf Grund eines zwischen ihm und dem Käufer bestehenden Kaufvertrages, jedoch nicht als dessen Erfüllung. Infolgedessen ist die Zusendung nur als Antrag zu einem neuen Kaufvertrag anzusprechen, der eintretendenfalls an die Stelle des alten rücken soll, aber damit ist die Voraussetzung des § 379 HGB., der einen bestehenden Handelskauf voraussetzt, nicht erfüllt. Eine entsprechende Anwendung von § 379 HGB. für alle unbestellten Zusendungen darf aber nicht erfolgen, weil sonst diese Voraussetzung unbeachtet bleibt[3]).

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß lediglich im Fall der §§ 362, 378 HGB. eine Abnahmepflicht von unbestellt zugesandten Sachen vorgeschrieben ist, es sei denn, daß der Tatbestand der Ausnahme gegeben ist. Dieses Ergebnis entspricht unter Berücksichtigung des Umstandes, daß das Verhalten des Absenders ein rein einseitiges ist, durchaus dem normalen Rechtsgefühl, und schon im römischen Recht[4]) konnte niemand durch eine einseitige Willenserklärung eines Dritten gezwungen werden, für diesen juristisch tätig zu werden[5]). Wenn der Adressat allein schon durch das Zusenden belästigt werden k a n n, so muß es dabei sein Bewenden haben. Es würde ganz gewiß zu weit führen, wenn jeder einfach Sachen zusenden könnte, die a b g e n o m m e n und wohl möglich noch peinlich in O b h u t genommen werden müssen, soll keine Schadensersatzpflicht entstehen. Ein Tätigwerden darf stets nur auf Grund eines Schuldverhältnisses verlangt werden[6]). Selbst wenn der Adressat erkennt, daß die Sachen infolge der Zurückweisung dem Verderben ausgesetzt oder eine Werteinbuße erleiden werden, darf er von diesem Recht Gebrauch machen, denn der Absender muß sich seiner Handlungsweise bewußt sein und trägt die Gefahr eines etwaigen Verlustes bis zur Annahme seines Antrages[7]). Warum greift er denn

---

3) Vgl. Aßmann, a. a. O. S. 96; Franke, a. a. O. S. 20.

4) L. 74 D. R. I, 50, 17.

5) Regelsberger, Erörterungen, S. 60 ff.; Gareis, in Thöl, Handelsrecht, Bd. 1, § 237, Nr. 3.

6) Aßmann, a. a. O. S. 91; §§ 241, 242 BGB.

7) Aßmann, a. a. O. S. 101; Franke, a. a. O. S. 20; Endemann's Handbuch, Bd. 2, S. 662.

auch gleich zum äußersten? Es ist bereits dargetan, daß dem Geschäftsmann oder einem sonstigen Gewerbetreibenden in der in ihren Auswirkungen für beide Teile viel harmloseren und insbesondere den Adressaten viel weniger belästigenden Reklame genügend wirksame Mittel zu Gebote stehen, das immerhin anzuerkennende Bestreben, den Absatz zu vergrößern oder auf dem Laufenden zu halten, in die Tat umzusetzen. Daß man im übrigen sich manchmal moralisch und sittlich verpflichtet fühlen kann, von der Ablehnung und sofortigen Zurückweisung Abstand zu nehmen, bedarf wohl kaum einer näheren Erörterung.

Wenn auch grundsätzlich für den Adressaten keine Pflicht besteht, die Sachen abzunehmen, so kann ausnahmsweise eine solche doch gegeben sein und zwar auf Grund des Gebotes der Beachtung von Treu und Glauben. Besonders im Handelsverkehr wird dieser Grundsatz den oben besprochenen zuweilen durchbrechen [8]). Immerhin reicht aber eine Geschäftsverbindung dazu noch nicht aus, obwohl der Absender die Erwartung hegen könnte, daß ein Geschäftsfreund für ihn tätig sein werde. Es ist doch zu berücksichtigen, daß der Adressat vor Zudringlichkeit geschützt werden muß, dies umsomehr, als der Absender gar nicht in so großem Maße der Gefahr ausgesetzt ist, seiner Sachen verlustig zu gehen, hat doch im Fall der Nichtabnahme der Transporteur die Pflicht, weiter für die Sendung zu sorgen. Infolgedessen würde es im vorliegenden Fall bestimmt zu weit gehen, wollte man, gestützt auf Treu und Glauben, eine solche Pflicht aufstellen. Der einzige Leidtragende wäre der Adressat, und der Zudringlichkeit wäre Tür und Tor geöffnet. Anders liegt der Fall, wenn einem Kaufmann von einem Kaufmann wiederholt nichtbestellte Waren zugesandt worden sind und er jedesmal auf die Intention des Absenders eingegangen ist. Hier würde die Nichtabnahme der nächsten Sendung in Erkenntnis des Umstandes, daß durch die Zurückweisung der andere zu Schaden kommt, gegen Treu und Glauben verstoßen [9]). Der Adressat müßte hier die Ware abnehmen, wobei es bei ihm steht, sie als Erfüllung anzunehmen oder sie zur Disposition zu stellen [10]). Zu berücksichtigen ist auch, daß es sich in diesem Fall bei dem Absender nicht um einen aufdringlichen Absatzsuchenden, sondern sozusagen um einen Geschäftsfreund handelt, der arg-

8) Busch's Archiv, Bd. 15, S. 312 ff.
9) Aßmann, a. a. O. S. 18. Z. B. bei Saisonartikeln.
10) Endemann's Handbuch, Bd. 2, S. 451; Fränkel, a. a. O. S. 59 f.; R.O.H.G., Bd. 20, S. 205, Nr. 59.

los Ware zuschickt — meist sogar, wie die Erfahrung lehrt, nach Ablauf derselben Zeitspanne, wie bei den früheren Zusendungen — in dem Glauben, die bisher gelieferte Menge sei zusammengeschmolzen und Bedarf eingetreten.

Immerhin aber handelt es sich um Ausnahmefälle. Grundsätzlich besteht keine Abnahmepflicht, und es würde im Falle der Zurückweisung der Sendung seitens des Adressaten eine widerrechtliche Besitzstörung darstellen, wenn der Ueberbringer, ungeachtet der entgegenstehenden Erklärung des Wohnungsinhabers, die Sachen bei diesem ablegt. Durch verbotene Eigenmacht wäre der sozusagen überfallene Adressat in dem Besitze seiner Wohnung, oder was damit zusammenhängt (Hofraum, Schuppen und dergl.), gestört. Gemäß § 859 BGB. kann er diesem Eingriff in seine Rechtssphäre mit Gewalt — allerdings nicht über das erforderliche Maß hinaus — begegnen. So darf er z. B. das unbequeme Stück einfach „auf die Straße setzen", ungeachtet des weiteren Schicksals, das dieses betrifft.

Abschnitt 5.

Der Adressat nimmt den der Sendung zugrundeliegenden Antrag an.

Der Adressat unbestellt zugesandter Sachen kann — ganz nach seinem Belieben — auf die Absicht des Absenders eingehen oder jede geschäftliche Beziehung ablehnen. Will er das Angebot ablehnen, wird er, da er zur Abnahme, wie dargetan, nicht verpflichtet ist, meistens die Sachen zurückweisen. Falls ihm aber das Angebot des Absenders konveniert, wird er, ungeachtet der für ihn erkennbaren Unbestelltheit der Sachen, diese abnehmen. Behalten wird er die Sachen in den nicht seltenen Fällen, wenn sie ohne seinen Willen und ohne sein Zutun in seinen Machtbereich gekommen sind. Im Regelfall — weil am einfachsten — wird der Empfänger den Absender von der erfolgten Annahme des Vertragsantrages durch eine ausdrückliche Erklärung in Kenntnis setzen, gewöhnlich von Mund zu Mund oder durch schriftliche Mitteilung des Inhaltes z. B., daß er die angebotenen Sachen gekauft habe. Hier handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige, den Vertrag zur Perfektion bringende Willenserklärung, eine Bestätigungsanzeige seitens des Absenders ist rechtlich bedeutungslos [1]). Der Zeitpunkt des Wirksam-

1) Vgl. Aßmann, a. a. O. S. 59.

werdens des Vertrages ist der des Zugehens der Erklärung bei dem Absender[2]), natürlich ist es den Parteien überlassen, andere Vereinbarungen zu treffen. Der Wohnort des Absenders ist, da der Vertrag hier durch das Zugehen der Willenserklärung wirksam wird, einmal der Ort des Vertragsschlusses, zum anderen aber auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß das Versenden der Sachen durch den Verkäufer nur den Lieferungs-, nicht aber den Erfüllungsort ändert, Erfüllungsort.

Nicht gerade selten wird es vorkommen, daß die Annahme stillschweigend erfolgt, nämlich durch Handlungen, die unzweideutig erkennen lassen, daß bei dem Adressaten der Annahmewille vorhanden ist. Unzweifelhaft kann für den Fall, daß die Sachen dem Transporteur abgenommen werden (körperliche Wegnahme), von einer stillschweigend erfolgten Annahme noch keine Rede sein[3]). Man kann nämlich dem Adressaten nicht zumuten, blindlings zuzugreifen, „die Katze im Sack zu kaufen"[4]), vielmehr ist er berechtigt, sich vor der Fassung oft schwerwiegender Entschlüsse Gewißheit darüber zu verschaffen, ob ihm das Zugesandte zusagt, ob er Verwendung dafür hat. Was wäre aber in diesem Fall dienlicher, als eine eingehende Besichtigung und Prüfung des zugesandten Stückes? Tatsächlich ist sich auch jeder Absender nichtbestellter Sachen über diese Notwendigkeit vollkommen im klaren, schickt er doch gerade, um eine Prüfung zu ermöglichen, mit dem Angebot die Sache mit. Die Folge davon ist — um nur die herkömmlichsten Fälle zu erwähnen —, daß z. B. das Oeffnen von Kisten, Fässern oder anderen „Emballagen"[5]) ebensowenig als Annahme anzusprechen ist, wie das Herausnehmen aus Verpackungen[6]), oder das Lesen eines „zur Ansicht zugesandten Buches". Oft ist hier, wie sich das in der Mannigfaltigkeit der Rechtsprechung über diesen Punkt zeigt, das Ziehen einer scharfen Grenze recht schwer[7]). Allgemein wird man jedoch sagen können, daß eine Annahme des Antrages immer dann vorliegt, wenn seitens des Empfängers Handlungen vorgenommen werden, die sich nicht mehr als nur eine eingehende Besichtigung und Prüfung darstellen,

---

2) A. A. Schlotter, der die Wirksamkeit auf den Moment der Ablieferung zurückbezieht.

3) Seufferts Archiv, Bd. 8, Nr. 36; Endemann, Handelsrecht, § 138 Anm. 68; Hanausek, Fakturen, S. 147, Anm. 2.

4) Franke, a. a. O. S. 22.

5) Goldschmidt, Zeitschrit für das gesamte Handelsrecht, Bd. 17, S. 244.

6) Busch's Archiv, Bd. 30, S. 157.

7) Fränkel, a. a. O. S. 21 ff.

mit anderen Worten über sie hinausgehen. Als eine Betätigung des Annahmewillens würden Handlungen des Empfängers anzusprechen sein, durch die er eigenmächtig zu seinen Gunsten über das Zugesandte disponiert, wenn er Handlungen an und mit den Sachen vornimmt, wie sie von Rechtswegen nur einem Eigentümer zustehen. Hierher werden nach der Verkehrssitte gerechnet: das Verbrauchen, Gebrauchen, Verkaufen [8]), Verpfänden, Ver- oder Bearbeiten, sowie das Verschenken, kurz, jedes eigenmächtige Verfügen zu seinem Nutzen. Wann eine solche Verfügung vorliegt, ist im konkreten Fall unter Beobachtung aller begleitenden Umstände festzustellen. Ein weiterer Fall des unzweifelhaft zum Ausdruck gebrachten Annahmewillens liegt vor, wenn der Empfänger dem Absender den in der Faktura bezeichneten oder den auf andere Weise bestimmten Preis, z. B. den ortsüblichen oder Börsenpreis, anstandslos zukommen läßt. Ist ein Skontoabzug üblich, so ist er, da von Seiten des Absenders nichts Gegenteiliges auf der Faktura vermerkt wurde, als bewilligt zu betrachten [9]). Wenn der Empfänger nicht vorgesehene Aenderungen vornimmt, so würde das gemäß § 150 Abs. 2 BGB. zur Folge haben, daß diese Handlung nicht die Annahme des Vertragsantrages, sondern die Ablehnung unter Stellung eines neuen Antrages bedeuten würde.

Welche Bedeutung hat es, wenn der Empfänger nur mit einem Teil der zugesandten Sachen auf Annahme schließende Handlungen vornimmt? Regelmäßig muß die Absicht des Absenders maßgebend sein, ob er die Sache nur im ganzen oder auch geteilt verkaufen wollte. Außerdem hat hier die Verkehrssitte und der Grundsatz von Treu und Glauben ein Wort mitzureden. Das Verfügen zu eigenem Nutzen über einen Teil der Sache gilt z. B. nach der Verkehrssitte als Annahme des Antrages in seinem ganzen Umfange, wenn der in der Zusendung enthaltene Antrag sich als ein solcher über ein einheitliches Ganzes darstellt [10]). Hierher gehören z. B. die Gipspendants der 50-Pfennig-Bazare, der Viererzug, der Lederkoffer mit dem Reisenecessaire oder eine Rauchtischgarnitur. Wenn jedoch in der Uebersendung der Sachen mehrere Offerten liegen, so ist durch das Sichaneignen nur eines Teiles das Genehmigungspräjudiz im allgemeinen nur für den Teil gegeben, über den der Empfänger verfügt hat. Wenn zwei Ballen Seide zugesandt werden, so ist aus

8) Gareis, Stellen zur Disposition, S. 171.
9) Franke, a. a. O. S. 23.
10) Gareis in Endemanns Handbuch II, S. 573.

der Weiterveräußerung des einen noch nicht auf den Willen zu schließen, auch den anderen Ballen behalten zu wollen, denn in diesem Falle hat man es mit zwei voneinander unabhängigen Offerten zu tun, von denen nur eine rechtsverbindlich angenommen worden ist[11]). Damit der Vertrag so, wie es der Antragsteller will, zustande kommt, ist es nötig, daß sich die besagten Handlungen als rechtsgeschäftliche darstellen, denn nur hierdurch können rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse erzeugt werden. Sind die zugesandten Sachen irrtümlich verbraucht oder sonstwie in Angriff genommen, so hat man es nicht mit einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis, also einem Vertrag, sondern mit einem nichtvertragsmäßigen Schuldverhältnis zu tun. Die betreffende Handlung stellt sich als sogenannte Rechtshandlung im engeren Sinn dar. Ebenfalls entsteht ein nichtrechtsgeschäftliches Schuldverhältnis, wenn die Handlungen sich als unerlaubte, d. h. als schuldhafte, rechtswidrige darstellen; als solche würde z. B. die Verfügung über die nichtverlangten Sachen angesprochen werden müssen, wenn ein wirksamer Widerruf vorliegt[12]).

Rechtzeitig muß der in der unbestellten Zusendung liegende Vertragsantrag von dem Adressaten angenommen werden, soll der Vertrag zustande kommen. Nur für die Dauer der Gebundenheit des Absenders liegt ein annahmefähiger Antrag vor, der in der Zeit, in der der Absender unter regelmäßigen Umständen eine Antwort erwarten kann, angenommen werden muß (§ 147 Abs. 2 BGB.). Wenn dieses nicht geschieht, so erlischt nach Ablauf der Frist der Antrag. Wird der Antrag verspätet angenommen, so gilt dieses nach § 150 BGB. als neuer Antrag. Da es sich bei der Annahmeerklärung um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, muß sie dem Absender der Sachen zugehen. Bei der stillschweigenden Annahme ist es nicht ausreichend, daß nur eine dritte Person von dem Verhalten des Adressaten Kenntnis erlangt, vielmehr muß der Absender mindestens sich selbst davon unterrichten können. Gemäß § 151 BGB. kann jedoch davon Abstand genommen werden, die Annahme dem Absender gegenüber zu erklären, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragsteller auf sie verzichtet hat, was auch stillschweigend durch entsprechendes Verhalten erklärt werden kann[13]). § 151 BGB. ist, wie die Denkschrift[14]) ausführt, für den hier ge-

11) Vgl. Aßmann, a. a. O. S. 76; Friedheim, a. a. O. S. 46.
12) Aßmann, a. a. O. S. 76 f.
13) Warn., 12, 5; vgl. auch die Beispiele in J. W. 11, 87, R. G. 83, 106.
14) H. Häntsch, Denkschrift zum Entwurf eines BGB., S. 27, V. 3.

gebenen Fall von Bedeutung, daß neben dem Antrage die angebotenen Sachen mitgeschickt werden.

Wie ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn die nichtbestellten Sachen durch falsche Uebermittlung, z. B. Irrtum der Post, an einen anderen als beabsichtigt gelangten oder ein Irrtum des Absenders die Sendung veranlaßte, wenn er z. B. glaubte, er schickt auf Grund einer Bestellung? Liegt für den Empfänger ein annahmefähiger Antrag vor, kann mit anderen Worten von einer gültigen Willenserklärung des Absenders an den Empfänger die Rede sein?

Nach der Irrtumslehre des Bürgerlichen Gesetzbuches hat der Absender zunächst einen gültigen Vertragsantrag gestellt. Ihm steht aber, vorausgesetzt, daß er sich über wesentliche Punkte irrte, ein Anfechtungsrecht zur Seite, weil seine Erklärung und sein erklärter Wille voneinander abweichen. Für den Fall nun, daß ein anderer als beabsichtigt die Sachen erhielt, wird der Irrtum in der Person regelmäßig nicht über solche Eigenschaften bestehen, die der Verkehr als wesentlich ansieht. Man muß annehmen, daß es dem Absender meist ziemlich gleich ist, wen er als Empfänger seines Vertragsangebotes vor sich hat, denn: „pecunia non olet.“ Immerhin lassen sich leicht Fälle denken, wo der Antragende sich gerade von der Person des Antragsempfängers besondere Vorteile verspricht. Der zu diesem Zweck besonders sorgfältig hergestellte, an sich sogar vielleicht Unkosten verursachende Tennisschläger in der Hand des Weltmeisters dürfte für eine Sportutensilienhandlung eine große Empfehlung sein, zumindesten in einschlägigen Sportkreisen. Eine Parfümfabrik verspricht sich vieles, wenn sie einer berühmten Schauspielerin ein besonders raffiniert zusammengesetztes Erzeugnis ihres Betriebes zusendet. (Erinnert sei an die bekannten Inserate in den Illustrierten Zeitschriften: „Die beliebte Schauspielerin Z. verwendet nur unsere Artikel.“) In den genannten Beispielen würde der Absender gemäß § 119 Abs. 2 BGB. das Vertragsangebot anfechten können, wenn dieses wider Erwarten an eine Person gelangt, von der infolge ihrer Unbekanntheit keine Empfehlung zu erwarten ist. Dasselbe gilt für den anderen Fall, daß ein Irrtum des Absenders die Sendung veranlaßte. Auch hier liegt zunächst ein gültiger, annahmefähiger Vertragsantrag vor, evtl. hat aber der Absender ein Anfechtungsrecht. Macht er hiervon Gebrauch, so hat er gemäß § 122 BGB. den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraute, es sei denn, daß der Adressat den Irrtum vor der Annahme erkannt hatte.

Ist der Adressat der unbestellten Zusendung auf das Angebot des Absenders eingegangen, so ist der Vertrag unter der Voraussetzung, daß kein eine Anfechtbarkeit begründender Irrtumsfall vorliegt, durch seine Annahme zustande gekommen, und die Rechte und Pflichten des Empfängers verstehen sich von dem Zeitpunkt an nach dem geschlossenen Vertrag.

Liegt ein Kaufvertrag vor, so handelt es sich von dem Zeitpunkt der erfolgten Annahme an um Käufer und Verkäufer, denen Zahlung des Kaufpreises und Uebergabe der gekauften Sache obliegt. Der Fall der unbestellten Zusendung einer Sache bietet jedoch insofern etwas Besonderes, als der Absender, der Verkäufer, die ihm obliegende Leistung, nämlich die Uebergabe des Kaufobjektes, schon bewirkt hat. Infolgedessen bleibt nur noch die Verpflichtung der Preiszahlung auf Seiten des Empfängers, und zwar muß er den Kaufpreis zahlen, der in einem Begleitschreiben angegeben ist oder beim Fehlen eines solchen den oben geschilderten. Durch die Annahme ist der ganze Inhalt der Faktura — also mit allen Nebenabmachungen — für die Parteien bindend[15]). Wenn z. B. darin die Mängelhaftung beschränkt ist, muß der Käufer dieses gegen sich gelten lassen, andernfalls hätte er sich dagegen verwahren müssen und würde damit einen neuen Antrag gestellt haben.

Was nun die Verjährungsfrist für die Ansprüche z. B. aus einem Kaufvertrag anbelangt, so bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 477 den Augenblick der „Ablieferung" als den Anfangstermin. Da aber im Falle der unbestellten Zusendung die Ablieferung bereits vor dem Zustandekommen des Kaufvertrages erfolgt, muß unter Berücksichtigung des Umstandes, daß doch die Ansprüche, für die die Verjährungsfrist in Betracht kommt, erst mit Abschluß des Vertrages entstehen, einleuchten, daß der besagte Anfangstermin zu früh gegriffen ist, die Frist wird keinesfalls vor dem Abschluß des Kaufvertrages in Lauf gesetzt. Vorausgesetzt ist ein gültiger Kaufvertrag, sodaß hier also auf Grund der bereits vorher erfolgten Ablieferung erst dessen gültiger Abschluß als Anfangstermin zu gelten hat[16]). Die Mängelanzeige braucht nicht empfangen zu werden, rechtzeitiges Absenden derselben sichert dem Empfänger die Käuferrechte (§ 478 BGB.).

Was nun die Gefahr anbelangt, so geht diese im vorliegenden Fall, da es sich zur Zeit der Uebergabe — dem sonst regelmäßigen Zeitpunkt des Gefahrenüberganges — noch

15) Hanausek, Fakturen, S. 144, 149, 150.
16) Vgl. Aßmann, a. a. O. S. 85.

nicht um eine gekaufte Sache handelt, eine solche aber Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 446, 447 BGB. ist, nicht mit der Uebergabe, sondern erst mit der Annahme der Offerte und dem dadurch bewirkten Abschluß des Kaufvertrages über [17]), wird ja doch in diesem Falle aus der nichtbestellten Sache eine gekaufte. Hat der Empfänger die Sachen auf Grund einer beigefügten Faktura gekauft und ohne Untersuchung, ob auch diesen Angaben entsprechende Sachen mitgesandt sind, als Erfüllung angenommen, so trifft gemäß § 363 BGB. ihn, den Käufer, die Beweislast, wenn er später vorbringt, daß eine andere als die geschuldete Leistung oder eine unvollständige bewirkt wurde, und er diese deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will [18]).

Abschnitt 6.

Die Besitzverhältnisse im Falle der Ablehnung des Antrages.

Wenn der Adressat der unbestellten Zusendung auf das Ansinnen des Absenders nicht eingehen will, mit anderen Worten also keine Lust hat, zu dem Absender in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten, so wird er, wozu er ja, wie schon ausgeführt, bis auf einige Ausnahmefälle berechtigt ist, das Zugesandte gar nicht erst dem Ueberbringer abnehmen. Nun wird es aber, wie die Beobachtung des täglichen Lebens zeigt, wohl nicht allzu oft vorkommen, daß der Adressat bei der Ankunft der Sendung zugegen ist, man denke nur an einen vielbeschäftigten großen Handelsherrn oder an eine sonstige Person, die tagsüber beruflich außerhalb des Hauses zu tun hat, bzw. nicht darauf angewiesen ist, jedem Einlaßbegehrenden selbst die Tür zu öffnen. In diesem Fall kann der Postbote, der wohl regelmäßig als Ueberbringer in Betracht kommt, die Sendung z. B. einem dienstbaren Geist, der Hauswirtin, dem Hausmeister, einem Angestellten, einem Familienangehörigen oder einer sonstwie zum Empfang berechtigten Ersatzperson aushändigen. Geschieht dieses, so ist die Sendung ohne das Zutun des Adressaten in dessen Gewahrsam gelangt. Wenn es sich um Drucksachen oder Briefe handelt, die irgendeine unverlangte Sache enthalten (Theaterkarten, Kataloge und dergl.), deren Zusendung in dieser Form sich mit Rücksicht auf die Portoersparnis empfiehlt, so wer-

17) Aßmann, a. a. O. S. 81.
18) Aßmann, a. a. O. S. 80.

den sie in den Briefkasten geworfen und sind dadurch ohne positives Mitwirken des Empfängers abgenommen worden.

Der Briefkasten ist ebenso wie eine dienstbare Person zu werten als ein Werkzeug, welches nur seine Verrichtung zu erfüllen hat [1]). Oder der Absender schmuggelt die Sachen in den Machtbereich des Adressaten hinein, spielt sie ihm mit anderen Worten „in die Hände" [2]), indem er den Zweck, insbesondere aber die Unbestelltheit durch die mannigfachsten Manöver verschleiert. Oft findet man auf der Begleitadresse eines Paketes den Vermerk „Brief folgt", „Brief im Paket", oder dieser liegt ohne jeden äußeren Vermerk in dem Paket. Die Absicht des Absenders, des „Schmugglers", ist in diesen Fällen leicht zu durchschauen, ihm liegt vor allem daran, das Zugesandte erst einmal in den Händen des Adressaten zu wissen, denn damit ist viel gewonnen, besteht doch die Möglichkeit, daß dieser — schon aus reiner Neugier — sich näher mit der Sendung befaßt und sich vielleicht dann die Sache überlegt, kurz, den Antrag in Erwägung zieht. Da nun in beiden Fällen die nichtbestellten Sachen ohne den Willen des Adressaten in seinen Gewahrsam gelangt sind, ist die Frage zu beantworten, ob dem Adressaten hieraus Rechte und Pflichten erwachsen, ob er z. B. die Sachen untersuchen darf, ob für ihn eine Aufbewahrungspflicht besteht und dergl. mehr. Zunächst müssen aber bei dem vorliegenden Tatbestand die Besitzverhältnisse, die sehr umstritten sind, einer Erörterung unterzogen werden.

Die Absicht des Absenders ist zunächst, den Empfänger zum Besitzer der nichtbestellten Sachen zu machen. Ob ihm das glückt und ob er das auch ohne Willen und Kenntnis des Empfängers durchsetzen kann, soll geprüft werden.

Wenn der Adressat die Sachen in Kenntnis ihrer Unbestelltheit persönlich empfängt, so wird er, was unten noch näher ausgeführt werden soll, mit der Abnahme Besitzer. Liegt der eben geschilderte Tatbestand aber nicht vor, weiß der Adressat also nichts von der Unbestelltheit der Sendung, oder werden die Sachen von einer der oben erwähnten Personen abgenommen, so ergeben sich bezüglich des Besitzerwerbes Schwierigkeiten. Es spielt hier die umstrittene Besitzlehre, besonders aber die Frage, ob ein Besitzwille zum Besitzerwerb nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erforderlich ist, hinein.

Unter Besitz ist das rechtlich geschützte Verhältnis einer Person zu einer Sache zu verstehen. Der Tatbestand für den

1) Aßmann, a. a. O. S. 98; Franke, a. a. O. S. 27.
2) Friedheim, a. a. O. S. 79; Thöl, a. a. O., Bd. 1, § 57.

Erwerb des Besitzes, der gesetzliche Geburtsschein: „der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“ (§ 854 Abs. 1 BGB.) und der Tatbestand für den Verlust des Besitzes, der gesetzliche Totenschein: „der Besitz einer Sache wird dadurch beendet, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert“ (§ 856 Abs. 1 BGB.) lassen erkennen, daß der Besitz als ein rechtlich geschütztes *tatsächliches* Verhältnis im Gegensatz zu einem rechtlich geschützten *rechtlichen* Verhältnis (z. B. Eigentum) anzusprechen ist[3]. Von einem solchen tatsächlichen Verhältnis einer Person zu einer Sache, welches als Besitz zu bezeichnen ist, kann dann die Rede sein, wenn eine Person die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat.

Das Gesetz verlangt für die Begründung des Besitzes die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Tatsächliche Gewalt liegt vor, wenn eine Sache sich dergestalt in dem Machtbereich einer Person befindet, daß sich dieses Verhältnis nach der Verkehrsanschauung als Herrschaft der Person über die Sache darstellt. Ist dieser Zustand eingetreten, dann ist die Person Besitzer, wenn die Gewalt nicht für einen anderen in der in § 855 BGB. bezeichneten Art und Weise ausgeübt wird. Jedoch ist es nicht ausreichend, wie es dagegen manchmal auch gar nicht nötig ist[4], daß nur ein rein räumliches Verhältnis von der Person zu der Sache besteht. So kann man sich nicht auf den Standpunkt stellen, daß jemand in seiner Eigenschaft als Besitzer eines Grundstückes nun auch sofort Besitz an allen Sachen, die darauf gekommen sind, erlangt. Für die Beantwortung der Frage, wann eine derart feste Verbindung zwischen einer Person und einer Sache besteht, daß man von „Besitz“ sprechen muß, kann wohl eine bestimmte, ein für allemal anwendbare Regel nicht aufgestellt werden, vielmehr ist hier der Verkehrsanschauung ein ausschlaggebender Einfluß einzuräumen[5]. Nicht in allen Fällen muß der Besitzer die Möglichkeit haben, die tatsächliche Gewalt ausüben zu können; die bei dem Besitzerwerb begründete tatsächliche Beziehung der Person zur Sache braucht nicht in gleicher Intensität fortdauern. Es bedarf nicht

---

3) Rosenberg, a. a. O. S. 8 vor § 854; Aravantinos, a. a. O. S. 105; Maenner, a. a. O. § 14, S. 124.

4) Rotering im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 38, S. 150; Franke, a. a. O. S. 28.

5) Rosenberg, a. a. O. § 854, S. 20; Goldschmidt, vermischte Schriften S. 344; Maenner, a. a. O. § 14, S. 125; Staudinger, Erläuterung 12 b, Abs. 4 zu § 854.

fortwährend derselben Ausübungsakte der Gewalt. Die Besitzergreifung knüpft ein dauerndes Band zwischen dem Erwerber und der Sache. Gewissen, Volkssitte und Rechtsordnung sind unter allen Völkern, bei denen eine anerkannte Staatsgewalt besteht und geordnete Zustände herrschen, die Hüter des einmal erworbenen Besitzes, so daß man infolge ihres Schutzes nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Gewalt behält, solange nicht ein Verlustgrund eintritt (§ 856 BGB.), mag man auch räumlich noch so weit von der Sache getrennt sein und höchstens noch den Besitzwillen, aber keine Möglichkeit haben, seine Herrschaft nach Belieben zu betätigen. Man bleibt Besitzer seines leerstehenden Hauses, seiner Gartenmöbel, auch wenn man eine mehrjährige Expedition nach Afrika macht. Die Anerkennung des Bestehens einer tatsächlichen Gewalt ist sodann von der gewöhnlichen Dauer dieses Zustandes abhängig, wie man sie unter normalen Verhältnissen annehmen kann. Von einem Besitzerwerb kann, wenn das Gewaltverhältnis gewöhnlich nur von vorübergehender Dauer ist, keine Rede sein. So hat man z. B. an den in den Postgebäuden zur Benutzung ausgelegten Federhaltern keinen Besitz. Man kann auch Besitz erwerben, ohne daß man Kenntnis von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt hat. Wenn ein Geschäftsmann seinem Magazinverwalter den Befehl erteilt, eventl. eintreffende Waren in Empfang zu nehmen und einzulagern, dann ist er infolge des Umstandes, daß der Magazinverwalter, die dienende Person, als Werkzeug anzusehen ist, der Befehlsgeber also selbst handelt und dadurch die erlangte Gewalt ausübt [6]), schon im Augenblick der Ausführung des Auftrages Besitzer geworden, obwohl er in diesem Zeitpunkt von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt noch keine Kenntnis hat. Genügt nun die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, oder ist auch noch ein Wille zum Besitzerwerb erforderlich?

Bei den Römern [7]) stand es fest: nulla possessio nisi animo et corpore adquiri potest. Dementsprechend sagte der erste Entwurf eines BGB. in § 797: „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt (Innehabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)". Und im § 800 hieß es im ersten Absatz: „Eine geschäftsunfähige Person kann nicht durch eigne Handlungen Besitzer werden." Dagegen hat der dem § 797 des I. Entwurfes entsprechende

---

6) Anderer Ansicht Weist, S. 40 f., der hier noch keinen Besitzerwerb annimmt.
7) Vgl. I § 3 1, D. 41, 2.

§ 777 des zweiten Entwurfes dieselbe Wortfassung, wie sie in § 854 BGB. Gesetz geworden ist; der den Besitzwillen erfordernde Zusatz war gestrichen worden. Im Bürgerlichen Gesetzbuch hat man also davon Abstand genommen, einen Willen zum Besitzerwerb zu fordern, lediglich die tatsächliche Seite des Besitzverhältnisses ist betont. Hieraus kann man aber noch nicht folgern, daß das Gesetzbuch den ehemaligen Standpunkt, welcher, wie erwähnt, abgesehen von dem tatsächlichen Gewaltzustand auch noch einen Besitzwillen verlangte, verlassen hätte. Man geht nicht fehl in der Annahme, daß wohl in den allermeisten Fällen des täglichen Lebens bei dem Besitzerwerb auch ein entsprechender Wille vorhanden ist. Immerhin: ist dieser so unentbehrlich, daß bei seinem Fehlen von einem Besitzerwerb keine Rede sein kann? Manche sind der Ansicht, daß dieser Begründungswille notwendig sei[8]). Die Gegner[9]) stützen sich auf den Wortlaut des Gesetzes und halten einen auf Besitzerwerb gerichteten Willen als weiteres selbständiges Erfordernis neben der tatsächlichen Gewalt für nicht notwendig, ohne jedoch dem Willen jede Bedeutung abzusprechen. Gar oft setzt die Erlangung der tatsächlichen Gewalt einen Willen voraus. Immerhin lassen sich, wenn man einen Willen für die Begründung des Besitzes für unerläßlich hält, Fälle denken, in denen, da der Wille fehlt, Besitz nicht erworben wird, obwohl seine Rechtswirkungen sehr erwünscht wären, und wo die Verkehrsanschauung auch einen Besitzerwerb annimmt.

Zweckdienlicher ist es daher, den Besitzerwerb nur von der Erlangung der tatsächlichen Gewalt abhängig zu machen. Damit kommt man aber auch dem Interesse der Allgemeinheit an Durchsichtigkeit und leichter Erfaßbarkeit der Besitzverhältnisse durch Außenstehende entgegen. Man muß doch berücksichtigen, daß man es bei den Willensmomenten mit sich den Blicken der Außenwelt entziehenden und nur mittelbar oder überhaupt nicht erkennbaren Vorgängen zu tun hat.

---

8) Wolff in Enneccerus Bd. 3, § 10, II: O. v. Gierke, a. a. O. II, § 115, S. 228; Endemann, Lehrbuch II, § 37 ff.; Cosack, a. a. O. § 186, S. 68; Landsberg, a. a. O. § 170, I, 1e, bb.; Wendt, a. a. O. S. 85; R.G.R. Kommentar, Erl. III zu § 854, wo zwar gesagt wird, daß dem Willen keinesfalls die Bedeutung einer rechtlichen Voraussetzung zukommt, aber ein tatsächliches Gewaltverhältnis geleugnet wird, wenn ein Beherrschungswille nicht vorhanden ist. Vgl. auch Erläuterung I und II, desgl. Erl. II zu § 867 a. E.

9) Z. B. Biermann, a. a. O. Erl. III zu § 854; Rosenberg, a. a. O. vor § 854, S. 25 ff.; Staudinger, Erl. II zu § 854, S. 20 f., besonders 2b a. E.; Maenner, a. a. O. § 16, S. 131; Aravantinos, a a. O. S. 105; Raape, a. a. O. S. 102; Kniep, a. a. O. S. 43, 70; Eltzbacher, a. a. O. S. 211; Bartels, a. a. O. S. 646 ff.; Bendix, a. a. O. S. 45; Strohal, a. a. O. S. 66 ff.

Aus diesem Grunde muß den nach außen hin in die Erscheinung tretenden und daher mühelos wahrnehmbaren Vorgängen entscheidende Bedeutung eingeräumt werden. Der von den Vertretern der Gegenansicht als Beweis für die Richtigkeit ihrer Behauptung, wonach zum Besitzerwerb ein Besitzwille vonnöten ist, ins Treffen geführte § 867 BGB. rechtfertigt nicht die Annahme, daß ohne Besitzwillen ein Besitzerwerb unmöglich ist[10]). Die angeführte Gesetzesbestimmung macht es sich zur Aufgabe, eine Lücke zu regeln, die sich für einen besonderen Fall ergibt. Lediglich mit dem Tatbestand, daß eine Sache aus der Gewalt des Besitzers ‚Eins' auf ein im Besitze des ‚Zwei' stehenden Grundstück gelangt, kann keine Entscheidung erzielt werden darüber, ob der Grundstücksbesitzer ‚Zwei' Besitzer dieser Sache geworden ist oder nicht. Die Verkehrsauffassung hat darüber zu entscheiden, ob man eventl. Besitz, d. h. tatsächliche Herrschaft, annehmen kann. Wenn nun an und für sich ein Grundstücksbesitzer wohl als Besitzer der auf seinem Anwesen befindlichen Sachen anzusprechen ist, so muß doch hier berücksichtigt werden, daß die betreffende Sache im Besitz eines anderen, des ‚Eins', war, und daß dieser Besitz „durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt nicht beendet wird" (§ 856 Abs. II BGB.). Dem Grundstücksbesitzer ‚Zwei' ist nicht etwa aus dem Grunde vor der Inbesitznahme der Besitz an der auf sein Grundstück gelangten Sache abzusprechen, weil er hierdurch noch nicht die tatsächliche Gewalt erlangt hat[11]), sondern deshalb, weil der Besitz des ‚Eins' fortdauert[12]). Der dem § 867 BGB. zugrundeliegende Tatbestand ist ein normalerweise nicht lange dauernder, so daß der bisherige Besitzer nur vorübergehend an der Ausübung seiner Gewalt über die Sache verhindert ist. Aus diesem Grunde kann man von einer Beendigung seines Besitzes nicht sprechen[13]). Der Besitzer des Grundstückes weiß, daß ihm kein Recht auf den Besitz der übergekommenen Sache zusteht und wird ihrer baldigen Abholung durch den Besitzer keinen Widerstand entgegensetzen. Der fortbestehende Besitz des bisherigen Besitzers steht hier dem Besitzerwerb seitens des Grundstücksbesitzers entgegen. Aus diesem Grunde kann er hier folgerichtig erst Besitz erwerben, wenn er den Besitz des bis-

---

10) Anderer Ansicht Weist, a. a. O. S. 36 f.

11) So Strohal, a. a. O. S. 67; Breit, a. a. O. S. 240.

12) Rosenberg, a. a. O. § 867, S. 109.

13) Von der herrschenden Meinung wird anerkannt, daß Besitzverlust nicht Voraussetzung des § 867 BGB. ist. So z. B. Rosenberg § 867, S. 110; Maenner, a. a. O. § 18; Wolff § 18, VII.

herigen Besitzers bricht. Das kann freilich nicht ohne eine Betätigung des Willens und ohne eine mit einer solchen verknüpften Inbesitznahme geschehen, wobei die Handlung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Der Wortlaut des § 867 BGB., der von einem Inbesitznehmen, also nicht von einem Besitzerwerben spricht, läßt den Schluß zu, daß hier nur das Inbesitznehmen mit einem Willen dazu gemeint ist, dagegen die übrigen Fälle des Besitzerwerbes ohne Willen die Anwendung des § 867 BGB. zulassen. Nur ein Besitzerwerb ohne Willen wäre z. B. dann anzunehmen, wenn die Sache so lange bei dem Grundstücksbesitzer verblieb, daß von einer vorübergehenden Verhinderung in der Gewaltausübung des Sachbesitzers keine Rede mehr sein kann. Dann würde der Grundstücksbesitzer allerdings an der Sache Besitz erworben haben. § 867 BGB. könnte aber, da der Grundstücksbesitzer die Sache noch nicht in Besitz genommen hatte, noch immer Platz greifen. Diese Regelung findet man auch in den §§ 857, 2025 BGB. So hat der Besitzer des Grundstückes lediglich die Abholung der Sache zu erlauben, während er sonst zur Herausgabe verpflichtet wäre. Gestattet der Grundstücksbesitzer ‚Zwei‘ dem bisherigen Besitzer ‚Eins‘ nicht, z. B. den Balkon zu betreten, auf dem sich das heruntergewehte Wäschestück befindet, so ist Besitzer ‚Eins‘ seines Besitzes verlustig gegangen, weil es sich dann nicht mehr um eine nur vorübergehende Verhinderung in der tatsächlichen Gewalt handelt, und der Grundstücksbesitzer ‚Zwei‘ sich die Sache angeeignet hat[14]). In diesem Fall kann der Besitzer gegen den fehlerhaften Besitzer an Hand der Besitz- und Eigentumsklagen vorgehen.

Da ein Besitzwillen nicht als begriffsnotwendiges Erfordernis für den Besitzerwerb anzusehen ist, kommt es im Fall der Zusendung von nichtbestellten Sachen bezüglich der Frage, ob Besitz erlangt ist oder nicht, nicht auf das Verhalten des Adressaten an, sondern nur darauf, ob sich die betreffenden Sachen so in seinem Machtbereich befinden, daß er nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Gewalt über sie ha.t Gewiß kann die Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Sachen, welche für den Absender durch die Versendung entstanden ist, unter Berücksichtigung des Umstandes, daß meistens der Antrag abgelehnt wird und der Absender die Sendung zurückbekommt, ihrer Natur nach als vorübergehend bezeichnet werden, sodaß gemäß § 856 Abs. 2 BGB. der Absender seinen Besitz noch nicht verloren

---

14) Vgl. Staudinger, a. a. O. Erläuterung 2 a zu § 867.

hätte. Diese Annahme muß aber an dem Willen des Absenders, der hier für die Rechtslage von Bedeutung wird, scheitern. Der Absender ist ja grade bestrebt, den unmittelbaren Besitz zu verlieren, um ihn auf den Adressaten zu übertragen. Wenn es ihm glückt, die Sachen so in den Machtbereich des Empfängers zu bringen, daß dieser nach der Auffassung des Verkehrs die tatsächliche Gewalt bekommen hat, dann hat der Empfänger, wie es der Absicht der Besitzaufgabe des Absenders entsprach, den unmittelbaren Besitz erlangt. Gemäß § 868 BGB. verbleibt dem Absender der nichtbestellten Sachen aber der mittelbare Besitz solange, als der Empfänger durch die Stellung des Antrages zwecks Entscheidung über ihn zum Besitz berechtigt ist. Infolge der Gebundenheit des Absenders an seinen Vertragsantrag und der dem Empfänger zustehenden Prüfungsbefugnis desselben kann man, wenn auch nicht von einem zwischen den beiden bestehenden V e r t r a g s v e r h ä l t n i s, so doch von einem „ähnlichen Verhältnis" sprechen, vermöge dessen der Empfänger dem Absender gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist, was das gemeinsame Merkmal aller in § 868 BGB. aufgezählten Verhältnisse ist[15]). Von dem Zeitpunkt des Erlöschens des Antrages[16]) oder der Ablehnung des Vertragsantrages steht dem Absender ein Herausgabeanspruch gegen den Empfänger zur Seite.

Die Zusendung nichtbestellter Sachen zeigt, daß man Besitz ohne einen Besitzwillen erwerben kann. Wenn z. B. eine in Diensten des Adressaten stehende Person in dessen Abwesenheit eine nichtbestellte Weinsendung in Empfang genommen und in den Keller gestellt hat, dann ist der Adressat ungeachtet des Umstandes, daß er von dieser Sendung nichts weiß, Besitzer geworden. Einem Entwender gegenüber könnte er sich jetzt der Besitzschutzklage bedienen, und verbotener Eigenmacht dürfte er mit Gewalt entgegentreten, denn er hat, was auch von der Verkehrsanschauung anerkannt wird, in seiner Eigenschaft als Wohnungsinhaber über die in der nur dem Wohnungsinhaber zugänglichen Wohnung liegenden Sachen die tatsächliche Gewalt, abgesehen natürlich von den Fällen, in denen gemäß § 856 Abs. II BGB. einem anderen der Besitz an den Sachen zusteht. Oben ist jedoch bereits ausgeführt worden, daß es sich bei einer unbestellten Zusendung nicht um einen solchen Ausnahmefall handelt. Um nun

15) Vgl. Staudinger, a. a. O. Erläuterung 2 a zu § 868.

16) Ebenso Rosenberg, a. a. O. § 868, S. 117; Staudinger, Erl. 12 zu § 868; R.G.R. Kommentar, Erl. 3 zu § 868; vgl. auch R.G.E. Bd. 49, S. 170, besonders S. 173.

dasselbe Ergebnis zu zeitigen, nämlich den Empfänger einer unbestellt zugesandten Sache des Besitzschutzes teilhaftig werden zu lassen, haben die Vertreter der Ansicht, die einen Besitzwillen fordert, verschiedene Konstruktionen gebildet, um dem erforderlichen Besitzwillen gerecht zu werden. Frank[17]) meint, eine Wohnung sei im großen, was ein Briefkasten im kleinen sei. Nach dieser Auffassung besteht für diesen „stillen Diener" [18]) ein Generalwille, alles das zu besitzen, was in ihn — aber nur seiner Zweckbestimmung entsprechend — hineingetan wird. Demnach würde also ein Wohnungsinhaber an allen in sein Anwesen gebrachten Sachen Besitz erwerben, es sei denn, daß es sich um z. B. Pestkulturen handelt. Diese Konstruktion ist, ganz abgesehen davon, daß es wohl schwerlich möglich sein dürfte, die Zweckbestimmung einer Wohnung zu begrenzen, doch sehr gekünstelt, um ein Ergebnis herbeizuführen, welches sich, hält man einen Besitzwillen nicht für erforderlich, von selbst versteht und welches von der Verkehrsanschauung für vorliegend angesehen wird[19]). Wenn man berücksichtigt, daß die von dem Inhaber einer Wohnung für diese gesetzte Zweckbestimmung für den Besitzbegriff nicht maßgebend sein kann, muß man zu dem Schluß kommen, daß auch an solchen Sachen Besitz erworben wird, die der Zweckbestimmung der Wohnung zuwiderlaufen.

Affolter[20]) glaubt mit einem Willen aushelfen zu können, der rückwirkende Kraft habe. Diese Ansicht wird zunächst auf c. 3 de adq. et ret. poss. 7, 32 gestützt: In der Zwischenzeit zwischen der Apprehension und dem Auftreten des Willens ist es noch ungewiß, ob der Besitz wirklich eintrete; setzt dann aber der Wille ein, so hat er rückwirkende Kraft bis zum Zeitpunkt der Apprehension. Mit Recht weist Kniep[21]) darauf hin, daß weder diese noch andere angeführte Stellen von einer rückwirkenden Kraft sprechen und daß, selbst wenn sie es auch täten, damit wenig genützt sei. Ein Wille mit rückwirkender Kraft sei ein Unding. Naturgemäß gehe der Wille auf die Zukunft, hier sei er auf ein Habenwollen gerichtet. Ein Wille mit rückwirkender Kraft wäre ein fingierter Wille, also ein Nichtwille[22]).

Lange[23]) versucht aus dem Charakter des Realgeschäftes, wie das Abnehmen der nichtbestellten Sachen ge-

17) Frank, a. a. O. S. 23.
18) Vgl. Aßmann, a. a. O. S. 98.
19) Franke, a. a. O. S. 33.
20) Affolter, a. a. O., Bürgerliches Archiv, Bd. 17, S. 3 ff.
21) Kniep, a. a. O. S. 101.
22) Vgl. auch Raape, a. a. O. S. 76 ff.
23) Lange, a. a. O. S. 22 ff.

nannt wird, zu ähnlichen Ergebnissen zu kommen. Er zerlegt die unbestellte Zusendung in ein Real- und ein Kausalgeschäft. Das eine umfaßt Realofferte und deren Annahme, das andere Kausalofferte und deren Annahme. Hier kann nur das erste von Interesse sein, da aus ihm die Rechtslage während der Zeit nach der ohne Zutun des Adressaten erfolgten Ablieferung der Sachen und vor der Annahme der Kausalofferte erklärt wird. Nach Lange's Ansicht enthält der reale Akt des Zusendens eine scharf von der Kausalofferte zu scheidende, inhaltlich auf eine Besitzergreifung gerichtete Offerte. Der Adressat erwirbt mit dem Zusenden ein Besitzergreifungsrecht an den Sachen. Das Verhalten des Absenders soll eine auftragslose Geschäftsführung sein. Wenn der Adressat die Sendung vorfindet bezw. auf irgendeine Weise Kenntnis von ihr erhält, so kann er diese auftragslose Geschäftsführung genehmigen; hierdurch nimmt er die reale Besitzofferte an und wird Besitzer. Der Adressat wird, da gemäß § 184 Abs. 1 BGB. die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) rückwirkende Kraft hat, damit schon von der Ablieferung der Sachen an Besitzer. Diese Konstruktion des rückwirkenden Besitzerwerbes muß einmal aus dem Grunde abgelehnt werden, weil bei dem Besitzerwerb dem Willen keine derartig selbständige Stellung einzuräumen ist, zum anderen deshalb, weil das Vorgehen des Absenders — ungeachtet der angeführten Gründe — die zum Teil gar nicht zutreffen — auf keinen Fall als auftragslose Geschäftsführung angesprochen werden kann. Daß der Absender nichtbestellter Sachen im allgemeinen auch den Vorteil des Adressaten im Auge hat, also ein gemeinsames Interesse vorliegt, muß, wie Franke[24]) richtig bemerkt, bezweifelt werden, und man würde sich einer bedenklichen Unterstellung schuldig machen, wenn man solches annehmen wollte. Ob der Adressat auch ein Interesse an der unbestellten Zusendung hat, soll sich ja erst erweisen und kann doch nicht aus der Notwendigkeit für eine auftragslose Geschäftsführung von Anfang an angenommen werden. Zwar kann der Absender den Vorteil des Adressaten im Auge haben, diese Tatsache darf aber mit Rücksicht darauf, daß es sich um nur selten vorkommende Fälle handelt, nicht verallgemeinert werden. Bei einem Kaufmann ist die Aussicht, ein Paar Lackstiefel gewinnbringend abzusetzen, treibendes Moment für deren Zusendung, und der Vorteil desjenigen, an den die Sendung gerichtet ist, bietet ihm nur eine gewisse Gewähr, daß sich diese Aussicht verwirklicht.

---

24) Franke, a. a. O. S. 35.

Die Vertreter der Ansicht, die einen Besitzwillen für unerläßlich hält, sprechen für den vorliegenden Fall, wenn infolge Fehlens eines Willens Besitzerwerb nicht angenommen wird, bezüglich des bestehenden räumlichen Verhältnisses von einem objektiven Gewahrsamsverhältnis. Diesen Begriff kennt aber das Gesetz nicht, vielmehr wird er von dem Besitzbegriff mitumfaßt. Für den „A“ wird, vorausgesetzt, daß nicht der Besitz des „B“ entgegensteht, mit Erlangung der tatsächlichen Gewalt der Besitz begründet, ohne daß es eines hierauf gerichteten Besitzwillens bedarf. Die Folge davon ist, daß im Falle der Zusendung nichtbestellter Sachen von dem Zeitpunkt der Ablieferung der Sachen an — wenn damit der Zustand tatsächlicher Gewalt hergestellt wird — z. B. die Frist für die Ersitzung zu laufen beginnt. Von einer Erlangung der tatsächlichen Gewalt und damit begründetem Besitzerwerb kann aber nicht gesprochen werden, wenn z. B. ein Großhändler ein Faß mit nichtbestellten Heringen in Abwesenheit einer Marktfrau in einer öffentlichen, also jedermann zugänglichen Markthalle niedersetzen läßt und auf diese Art bei der Frau abliefert. In diesem Falle würde die Ersitzungsfrist erst mit dem die Voraussetzung für ihren Lauf bildenden späteren Besitzerwerb beginnen können. Aber den Beginn der Ersitzungsfrist zu verneinen, wenn der Besitzwille nicht vorhanden war, und also nur ein sogenannter Gewahrsam vorliegt, ist nicht angängig, denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat nicht den römisch-rechtlichen Begriff der Detention (possessio naturalis). Aus dem öffentlich-rechtlichen Gewahrsamsbegriff auch für das Privatrecht einen solchen ableiten zu wollen [25]) mit diesen bestimmten Folgen, ist abzulehnen [26]). Der Ansicht, die eine Unbilligkeit um deswegen annimmt, weil es nach der hier vertretenen Auffassung des Besitzes möglich sei, diesen einem anderen ohne seinen Willen aufdrängen zu können [27]), kann unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der ohne Willen erworbene Besitz für den Erwerber keine Verschlechterung seiner Rechtslage herbeiführt, weil er praktisch doch keine Pflichten begründet, nicht beigepflichtet werden. Oben ist bereits erwähnt, daß von einer den Erwerber eventl. treffenden Herausgabepflicht nicht gesprochen werden darf, der Erwerber kann vielmehr immer noch bis zu dem Zeitpunkt einer gewollten Inbesitznahme auf den im § 867 BGB. vorgesehenen Herausgabeanspruch verweisen. Erst nach erfolgter Inbesitz-

---

25) Endemann II § 35, Anm. 2, S. 185.
26) Franke, a. a. O. S. 36.
27) Staudinger, Erl. I, 2 b zu § 854.

nahme kann von einer ihn treffenden Herausgabepflicht die Rede sein. Abgesehen hiervon hat der Besitzerwerb ohne Willen für den „betroffenen" Besitzer lediglich Rechtsvorteile zur Folge, die im Fall, daß sie nicht gewollt sind, entweder durch Aufgabe des Besitzes erlöschen oder durch Nichtgebrauch negiert werden können. Besser ist es, daß für einen anderen Rechtsvorteile zum Entstehen kommen können, als daß die Möglichkeit fehlt, sich diese zu sichern[28]).

Wenn in einem Asyl für Obdachlose der mildtätige Herbergsvater in das Felleisen eines gerade abwesenden Asylisten eine Reichsmark steckt, so wird damit der Asylist Besitzer des Geldstückes. Wollte man dieses bestreiten, so müßte der Beschenkte für den Fall des Diebstahles seitens eines Dritten, will er das Geldstück wiederbekommen, an Hand des § 823 Abs. 2 BGB. (Verletzung eines Schutzgesetzes, da Gewahrsamsbruch in Aneignungsabsicht vorliegt) und an Hand des § 249 BGB. gegen den Entwender vorgehen. Wenn man schon bei der Gegenansicht in diesem Fall ein zu schützendes Interesse für vorliegend erachtet, so ist es doch zweckdienlicher, hier Besitz anzunehmen, d. h. von dem Erfordernis eines Besitzwillens abzusehen, und nicht ein dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekanntes Gewahrsamsverhältnis zu konstruieren, welches dann auf Umwegen mit dem notwendigen rechtlichen Schutz ausgestattet wird[29]). In Endemann's[30]) Beispiel: „A steckt in einem Lande, in dem das Tragen und Besitzen von Waffen verboten ist, dem B heimlich einen Dolch in die Reisetasche", wird B unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Folgen seines Besitzes nicht anders sind, als wenn er nur Gewahrsam an der Waffe hätte, Besitzer derselben. Zunächst liegt immer ein Verstoß gegen das erlassene Verbot vor. Eine Bestrafung, ob Besitz oder Gewahrsam erworben wurde, ist davon abhängig zu machen, daß „B" sich rechtfertigen, sich entlasten kann. Zweck des Verbotes ist die Strafbarkeit des Waffenbesitzes, worunter man aber nur den willentlichen Besitz zu verstehen hat. „B" wird, wenn der Dolch bei ihm gefunden wird und sich der Tatbestand aufgeklärt hat, sogleich den Besitz aufgeben, er verliert diesen nicht dadurch allein, daß sich der Tatbestand aufgeklärt hat[31]).

Entgegen der Ansicht Staudinger's[32]) muß man sich zusammenfassend bezüglich der Besitzverhältnisse bei der un-

28) Franke, a. a. O. ebenda.
29) Ebenso Franke, a. a. O. S. 36.
30) Endemann § 34 Anm. 12, S. 178.
31) Anderer Ansicht Weist, a. a. O. S. 39; wie hier auch Franke, a. a. O. S. 37.
32) Staudinger, Erl. 5 zu § 146, S. 623.

bestellten Zusendung auf den Standpunkt stellen, daß der Empfänger regelmäßig nach der Ablieferung der Sachen Besitzer derselben wird, vorausgesetzt, daß die tatsächliche Gewalt erlangt worden ist. Wie bereits erwähnt, gibt der Absender zugunsten desjenigen, für den die Sendung bestimmt ist, den unmittelbaren Besitz auf, ihm verbleibt aber der mittelbare Besitz bis zur Annahme des Vertragsantrages, da dann sein Herausgabeanspruch erlischt. Die unbestellt zugesandten Sachen werden also, selbst wenn der Empfänger keinen Besitz an ihnen erlangt, nicht herrenlos.

Abschnitt 7.

Ist eine Aufbewahrungspflicht anzunehmen?

Trifft den Adressaten eine Aufbewahrungspflicht, wenn z. B. eine Kiste mit nichtbestellten 1000 Eiern ohne seinen Willen oder Kenntnis in seinen Keller gestellt wird, also in seinen Besitz gelangt? Diese Frage muß verneint werden. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß nur auf Grund eines Schuldverhältnisses jemand zu einem Tätigwerden für einen anderen verpflichtet ist. Im vorliegenden Fall ist aber die Eierkiste ohne Zutun des Adressaten durch die völlig einseitige Handlung des Absenders in das Anwesen des Empfängers gelangt. Dieser kann die Sendung — wenn er von den ihm zustehenden — später noch zu erörternden Entledigungsrechten keinen Gebrauch machen will — beliebig bei sich herumliegen lassen — z. B. im Keller — selbst wenn ihm der Absender in einem Begleitschreiben vorgeschrieben hat, die Eier auf den Hausboden in Holzwolle zu legen oder vor Nässe zu schützen. Eine Haftung in bezug auf die Sendung trifft ihn nicht[1]). Der Absender ist verpflichtet, sich nach dem Verbleib der Sendung zu erkundigen und diese eventl. selbst in Obhut zu nehmen, tut er das nicht, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn die Sachen demnächst verderben oder abhanden kommen, weil niemand für sie sorgt. Ungeachtet des Umstandes, daß diese Materie früher eine andere Regelung erfahren hatte[2]), gilt heute das Prinzip, daß der Empfänger einer unbestellten Zusendung in keiner Weise Verpflichtungen übernommen hat. Wenn in dem oben genannten Beispiel die 1000 Eier infolge feuchter Kellerlagerung faul

---

1) Ebenso: Aßmann, a. a. O. § 38, S. 102; Staudinger, Erl. 5 zu § 146, S. 622; Franke, a. a. O. S. 38; Josef, a. a. O.; Regelsberger, ziv. Er. S. 60 f.
2) Preußisches Landrecht § 137 ff. I 7.

werden, so kann der Absender deswegen von dem Empfänger keinen Ersatz fordern, da dieser sich keineswegs um die Sendung zu kümmern braucht.

Anders ist zu entscheiden, wenn die unbestellte Zusendung mit Willen des Adressaten und mit Kenntnis von dem Zweck und dem Inhalte der Sendung von dem Adressaten oder von einer zu solchen Handlungen bevollmächtigten Ersatzperson abgenommen wurde. Aus dem Umstande, daß der Empfänger, welcher den Zweck der Zusendung kennt, also weiß, daß er nicht zur Empfangnahme der Sachen verpflichtet ist, dieselben trotzdem bei sich aufnimmt, erhellt, daß der Absender in diesem Fall besser gestellt ist, als im vorher geschilderten Fall.

Zunächst steht fest, daß der Empfänger auf Grund des Umstandes, daß von einer Besitzstörung keine Rede sein kann, weil die Sendung mit Willen des Adressaten und mit Kenntnis von dem Inhalt und dem Zweck der Sendung in des Empfängers Besitz gekommen ist, nicht berechtigt ist, die Sachen z. B. in einen alten Steinbruch zu werfen. Sodann ist der Empfänger für den Fall, daß es nicht zum Abschluß des angestrebten Vertrages kommt, verpflichtet, auf irgendeine Weise dafür Sorge zu tragen, daß der Absender wieder zu seinen Sachen kommen kann, daß diese nicht untergehen, denn es würde gegen das Gebot der Beachtung von Treu und Glauben verstoßen, wollte der Adressat in Kenntnis, daß er hierzu nicht verpflichtet ist, ihm nicht gehörende Sachen bei sich aufnehmen und nach der Aufnahme sich nicht mehr um sie bekümmern. Ueber den Umfang der dem Empfänger bezüglich der Sendung obliegenden Pflichten herrscht Streit, besteht doch eine weitgehende Meinungsverschiedenheit darüber, in welchem Rechtsverhältnis der Absender und der Empfänger zueinander stehen.

Beer[3]) und Aßmann[4]) sind darin einig, daß die dem Empfänger bezüglich der Sendung obliegenden Pflichten vertragsmäßig übernommen sind, weil durch das Empfangen der Sachen zwischen den Parteien ein Vertrag zustandegekommen sei. Der Absender habe durch die Zusendung dem Adressaten einen Vertragsantrag gestellt, der Adressat habe die Sendung mit Kenntnis von dem Antrage in Empfang genommen, in dieser in Hinblick auf den gestellten Antrag erfolgten Empfangnahme müsse die Annahme des Antrages erblickt werden. — Von nun ab weichen die Ansichten erheb-

---

3) Beer, a. a. O.
4) Aßmann, a. a. O. S. 53 f.

lich voneinander ab. Naturgemäß muß ein zwischen zwei Parteien bestehender Vertrag zunächst einer Untersuchung dahingehend unterzogen werden, ob derselbe einem der im 7. Abschnitt des II. Buches des BGB. im einzelnen geordneten Vertragstypen entspricht. Beer bejaht dieses. Nach ihm soll „rechtlich" wie „tatsächlich" nichts der Annahme eines abgeschlossenen Verwahrungsvertrages entgegenstehen. In der Zusendung nichtbestellter Sachen sei sowohl eine Verkaufsofferte als auch eine Verwahrungsofferte enthalten und zwar der Antrag, die Sendung für den Fall des Nichtzustandekommens des angestrebten Vertrages bis zur Abholung aufzubewahren. In der Empfangnahme liege nicht die Annahme des Kaufvertragsantrages, wohl aber die Annahme des Verwahrungsantrages. Nach Beer müssen daher die in Buch II Abschnitt VII Titel XII des BGB. über die „Verwahrung" gegebenen Vorschriften zur Anwendung kommen. Dieser Auffassung kann aber, wenn man bedenkt, daß nach der herrschenden Meinung ein Verwahrungsvertrag im Sinne des BGB. nur dann gegeben ist, wenn die Aufbewahrung ausschließlich oder doch in der Hauptsache den Gegenstand des Vertrages bildet, nicht beigetreten werden[5]). Im Fall der Zusendung nichtbestellter Sachen will der Absender die Sachen in erster Linie verkauft, nicht aber aufbewahrt wissen. Ist die Pflicht der Aufbewahrung, so führen die Motive[6]) aus, die Wirkung aus einem anderen zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse, „die rechtliche Folge eines dem Verwahrungspflichtigen eingeräumten Rechtes", so kann von einem Verwahrungsvertrag im Sinne des BGB. keine Rede sein. Im vorliegenden Fall muß einleuchten, daß die Aufbewahrung die rechtliche Folge eines dem Empfänger eingeräumten Rechtes ist, „die Aufbewahrung entspringt dem Rechte des Empfängers, die Sachen zwecks Ankaufs zu besichtigen und zu prüfen"[7]).

Aßmann nimmt, ausgehend von dem Standpunkt der im Bürgerlichen Gesetzbuch vertretenen Vertragsfreiheit, wonach es den Parteien unbenommen ist, ihre „Rechts- und Verkehrsverhältnisse" nach freiem Belieben zu bestimmen und Verträge jeglicher Art, soweit sie erlaubt (§§ 134, 138 BGB.) und möglich (§ 306 BGB.) sind, zu schließen, einen „Besichtigungsvertrag" an. Der Absender habe die Sachen dem Empfänger zur Besichtigung angeboten, der Adressat habe

5) Staudinger, Erl. 5 zu § 146; Franke, a. a. O. S. 39; Friedheim, a. a. O. S. 96; Matthias, a. a. O. Bd. 1, § 126 sub. 2 A. S. 545.
6) Motive II S. 570.
7) Friedheim, a. a. O. S. 96.

dieselben mit Kenntnis von dem Zweck in Empfang genommen, in der Empfangnahme[8]) sei daher die Annahme des Besichtigungsvertrages zu erblicken.

Man tut der Sachlage Zwang an, wenn man unterstellt, daß in der Empfangnahme die Annahme eines Vertrages zu erblicken ist. Das in der Zusendung enthaltene Begehren des Absenders ist verschiedenster Art. Es besteht in dem Antrage, daß derjenige, an den die Sendung gerichtet ist, diese besichtigen, prüfen, kaufen, aufbewahren, zurücksenden und dergl. mehr soll. Daß in der in Hinblick auf das gestellte verschiedenartige Begehren erfolgten Empfangnahme der Sendung eine Bewilligung seitens des Empfängers in irgendeiner Hinsicht zu erblicken ist, dürfte nicht zu bezweifeln sein[9]). Aus der Empfangnahme der Sendung geht aber nicht hervor, welches an ihn seitens des Absenders gestellte Begehren der Empfänger annehmen wollte. Aßmann selbst hält einen Vertrag dann für nicht gegeben, wenn der Adressat die nichtbestellten Sachen abnahm, „um dem Absender einen Gefallen zu tun, um ihm z. B. die großen Kosten der unnützen Rückforderung zu ersparen". Aus der bloßen Empfangnahme der Sendung ist aber nicht zu ersehen, zu welchem Zweck die Sachen bei sich aufzunehmen der Adressat den Willen gehabt hat. Aus diesem Grunde kann von einem Vertragsschlusse, einer „Einigung" der Parteien, d. h. einer „Uebereinstimmung" zweier auf einen bestimmten[10]) rechtlichen Erfolg gerichteten Privatwillenserklärungen wegen Nichtbestimmbarkeit keine Rede sein. Immerhin liegt, da doch gewisse rechtliche Beziehungen durch die Annahme zwischen den beiden Parteien begründet werden, wie z. B. die Berechtigung des Empfängers zum unmittelbaren Besitz während der Dauer der Gebundenheit des Absenders an die Kaufofferte, ein „vertragsähnliches" Verhältnis vor[11]).

In § 61 behandelt Aßmann den Fall, daß der Adressat die Sendung zwar mit Kenntnis von dem Inhalt und dem Zweck in Empfang nahm, jedoch nur deshalb, „um dem Absender einen Gefallen zu tun, um ihm z. B. die großen Kosten einer unnützen Rückforderung zu ersparen"; „er nahm an", so führt Aßmann weiter aus, „der Absender werde die Ware bei guter Gelegenheit wieder abholen". Nach Aßmann muß der Empfänger unter Berücksichtigung des Umstandes, daß in

8) Ebenso Fränkel, a. a. O. S. 84.
9) Friedheim, a. a. O. S. 97.
10) Nach Fränkel, a. a. O. S. 84 entsteht durch die Empfangnahme ein Vertrag „mit genau abgegrenzten Verpflichtungen auf beiden Seiten".
11) Friedheim, a. a. O. S. 98; Franke, a. a. O. S. 40.

der Empfangnahme grundsätzlich der Abschluß eines Besichtigungsvertrages zu erblicken sei, nach dem Satz „affirmanti non neganti incumbit probatio", den Beweis dafür erbringen, daß er die Sendung dem Absender zuliebe abgenommen hat. Für den Fall der Empfangnahme der Sachen im Interesse des Absenders sollen die Grundsätze über auftraglose Geschäftsführung Platz greifen. In § 61 geht Aßmann auf die dem Empfänger hier obliegenden Pflichten nicht ein, vielmehr verweist er auf das in den §§ 41, 44 seiner Betrachtung Erörterte. Dort sind die im Buch II Abschnitt VII Titel XI des BGB. für die negotiorum gestio gegebenen Normen auf unseren Fall zur Anwendung gebracht.

Hanausek[12]) macht die von Aßmann beobachtete Unterscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher und nicht rechtsgeschäftlicher Aufbewahrungspflicht nicht, sondern verweist allgemein auf die auftragslose Geschäftsführung und führt aus, der Empfänger müsse der Sendung die Sorgfalt angedeihen lassen, „zu deren Beobachtung er sich durch den Beginn der Geschäftsführung verpflichtet hat"; besonders habe der Adressat „durch die Empfangnahme die Verpflichtung übernommen", die Sendung für den Empfänger aufzubewahren. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß im vorliegenden Fall der Adressat in der Regel die Sendung in Empfang nimmt, um dieselbe einer eingehenden Besichtigung und Prüfung zu unterziehen. In der Empfangnahme liegt dann nicht die Uebernahme eines fremden, sondern die Uebernahme eines eigenen Geschäftes. Von der Uebernahme einer auftraglosen Geschäftsführung kann aber nur dann gesprochen werden, wenn jemand die auftraglose Führung eines Geschäftes für einen andern übernimmt, mit dem Willen, ein fremdes Geschäft zu führen. Aus diesem Grunde ist die Ansicht Hanausek's abzulehnen.

Oben ist bereits ausgeführt, daß der Empfänger, der die unbestellte Sendung in Kenntnis der Unbestelltheit zwecks Besichtigung und Prüfung abgenommen hat, unmittelbarer Besitzer geworden ist. Der Absender ist aber gemäß § 868 BGB. ebenfalls Besitzer und zwar mittelbarer, weil, wie bereits dargetan, der Absender mit dem Empfänger in einem vertragsähnlichen Verhältnis steht. Gemäß § 985 f. BGB. kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, es sei denn, daß dieser zum Besitz berechtigt ist (§ 986 BGB.). Der Empfänger der Sachen ist, weil er das Recht hat, den Antrag anzunehmen oder abzulehnen,

12) Hanausek, Haftung I, S. 235 f.

so lange zum Besitz berechtigt, als die Annahmefrist für die Kaufsalofferte läuft. Die Folge davon ist, daß der Absender erst nach Ablauf der Annahmefrist, wenn diese ungenützt verstrichen ist, dem Empfänger die Sachen abverlangen kann. Der Empfänger muß zu diesem Zeitpunkt imstande sein, die Sachen herauszurücken, das kann er aber natürlich nur, wenn er sie in Obhut genommen hat[13]). Der Empfänger schuldet demnach dem Absender eine Aufbewahrung der nichtbestellten Sachen; über den Umfang dieser Pflicht bestimmt § 276 BGB., daß der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, mit anderen Worten, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten hat. So hat der Empfänger besonders die Beschaffenheit der Sachen und Empfindlichkeit gegen Witterungseinflüsse zu berücksichtigen. Handelt es sich um Sachen, die leicht unter Feuchtigkeit oder Kälte leiden, so wird er dieselben in einem trockenen bezw. warmen Raum unterzubringen haben[14]). Oft ist der Wert der Sache für die Art und Weise der Aufbewahrung maßgebend. Ein Museumsdirektor wird den ihm zum Kauf angebotenen antiken goldenen Innungspokal unter besonders sicherem Verschluß (Tresor) aufzubewahren haben; es kann sogar angenommen werden, daß man es hier mit einem Fall zu tun hat, wo der Empfänger verpflichtet ist, das wertvolle Stück zu versichern. Wie groß die anzuwendende erforderliche Sorgfalt ist, richtet sich nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben, die also den Maßstab für die Aufbewahrungspflicht abgeben. Allerdings hat der Schuldner gemäß § 276 BGB. Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten, immerhin empfiehlt es sich unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Schuld des Empfängers lediglich in der Aufbewahrung besteht, diese strenge Haftung im vorliegenden Fall durch analoge Anwendung des § 690 BGB. abzuschwächen, so daß der Empfänger nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die in eigenen Angelegenheiten angewendet zu werden pflegt (§ 277 BGB.)[15]).

Was die Dauer der Aufbewahrung anbelangt, so dürfte sie, wenn man bedenkt, daß nicht nur der Schuldner so zu handeln hat, wie Treu und Glauben und die Verkehrssitte

---

13) Ebenso begründet Friedheim für diesen Fall die Aufbewahrungspflicht, S. 99 f.; vgl. auch Franke, a. a. O. S. 41.

14) Ebenso Aßmann, a. a. O. S. 131.

15) Ebenso Aßmann, a. a. O. S. 132; Franke, a. a. O. S. 41; anderer Ansicht Staudinger, Erl. 5 zu § 146, S. 623, der § 300 analog anwenden will, sodaß die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit besteht. Er weist dem Adressaten eine ähnliche Stellung zu, wie sie der Schuldner beim Gläubigerverzug einnimmt.

es erfordern, sondern auch der Gläubiger dem Schuldner nichts den Grundsätzen von Treu und Glauben Widersprechendes zumuten darf, der Sachlage angemessen als „einstweilige“ abzugrenzen sein. Dazu kommt noch, daß gemäß § 379 HGB. der Käufer im Fall der Beanstandung verpflichtet ist, für die einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen, und es geht doch nicht an, den Empfänger einer unbestellten Zusendung schlechter zu stellen, als den Käufer. Der Empfänger hat die Sendung also nur bis zu dem Zeitpunkt angemessen aufzubewahren, in welchem der Absender unter regelmäßigen Umständen selbst für die Erhaltung der Sachen Sorge tragen kann. Diese Zeitspanne wird je nachdem eine längere oder kürzere sein: zu berücksichtigen ist hier einmal die Zeit, die der Empfänger braucht, um die Sendung einer Besichtigung und Prüfung zu unterziehen, mit anderen Worten, um eine Entscheidung treffen zu können, zum anderen die räumliche Entfernung der Niederlassung des Absenders wie des Empfängers.

Bestritten ist die Frage, ob der Empfänger leicht verderbliche Sachen für Rechnung des Absenders verkaufen muß. Hanausek[16]) verlangt dieses mit der Begründung, daß nur hierdurch der Empfänger seiner Aufbewahrungspflicht genügen könne. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Der Absender hat vorausgesehen oder mußte voraussehen, daß die Sachen bei längerer Lagerung dem Verderben ausgesetzt sein oder durch Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage oder durch anderweitige ungünstige Umstände entwertet oder im Werte gemindert werden würden[17]). Der Absender hat mit der Möglichkeit eines solchen Schadens zu rechnen und daher die erforderlichen Maßnahmen zur Abwendung desselben zu treffen. Versäumt er dieses, so hat er sich den eingetretenen Schaden selbst zuzuschreiben und daher auch zu tragen.

Abschnitt 8.

Wie ist es um die Antwortpflicht bestellt? Welche Bedeutung kommt dem Stillschweigen zu?

Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß niemand durch das einseitige Vorgehen eines anderen zu einem Tätigwerden für diesen gezwungen werden kann. Wenn man diesen

16) Hanausek, Haftung I, S. 236, Anm. 27.
17) Friedheim, a. a. O. S. 105.

Grundsatz auf den Fall der Zusendung nichtbestellter Sachen anwendet, so muß man zu dem Schluß kommen, daß der Empfänger grundsätzlich nicht verpflichtet ist, dem Absender eine die Sendung betreffende Antwort zukommen zu lassen. Von dem Absender muß verlangt werden, daß er sich nach dem Schicksal der Sendung und des gestellten Vertragsantrages erkundigt, er ist für den Fall, daß der Empfänger nichts verlauten läßt, gar nicht aus sich herausgeht, grundsätzlich nicht befugt, aus diesem Verhalten irgendwelche Schlüsse zu ziehen. Darüber herrscht heute in der Wissenschaft und Praxis völlige Einigkeit [1]). Zur Zeit der Herrschaft des gemeinen Rechtes war die Frage nach der Bedeutung des Stillschweigens allerdings lebhaft umstritten. Auf der einen Seite wurde das kanonische Recht, welches den Satz enthielt [2]) „qui tacet consentire videtur", dahin ausgelegt, daß man in dem Schweigen eine Zustimmung erblickte, auf der anderen Seite folgte man dem römischen Recht [3]) und legte Stillschweigen nur in einigen Ausnahmefällen als Zustimmung aus [4]). Man sah aber das Unmögliche einer auf alle vorkommende Fälle passenden Lösung dieser Frage ein und begnügte sich damit, das Stillschweigen dann als Zustimmung aufzufassen, wenn man zufolge der Redlichkeit oder aus Vernunftgründen verpflichtet gewesen wäre, die Ablehnung anzuzeigen.

Im heutigen Recht findet man denn auch keine allgemein gültigen, positiven Normen, die besagen, was Stillschweigen auf einen Antrag zu bedeuten hat. Nur einige besondere Fälle sind einer Regelung unterzogen worden, im übrigen bleibt die Lösung der Frage den Bestimmungen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte überlassen. Nur sie können den Grundsatz durchbrechen und es dem Empfänger unbestellt zugeschickter Sachen für den Fall, daß er die Sendung ablehnen will, zur Pflicht machen, hiervon den Absender in Kenntnis zu setzen. Abgesehen davon besteht aber in wenigen Fällen für den Empfänger eine Antwortpflicht unter dem sonstigen Präjudiz der Zustimmung kraft Gesetzes.

Wenn der Empfänger für den Fall des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 362 HGB. oder 663 BGB. die Absicht hat, den in der Zusendung enthaltenen Vertragsantrag des Absenders abzulehnen, so muß er unverzüglich antworten, sein Schweigen würde als Annahme des Antrages gelten.

1) Lange, a. a. O. S. 59, Anm. 4.
2) Cap. 43 in VIto de R. S. 5, 12.
3) L. 142 D. de R. I, 50, 17.
4) Fränkel, a. a. O. S. 27 ff.

Dieser Fall ist nur als Ausnahme anzusehen, eine analoge Anwendung darf nicht stattfinden. Eine viel wichtigere Ausnahme enthält der § 378 HGB. Er dehnt die Bestimmungen des § 377 HGB. auch auf Mehrsendungen und Sendungen von Sachen anderer Art aus, wenn letztere nicht offensichtlich so erheblich von der Bestellung abweichen, daß eine Genehmigung als ausgeschlossen betrachtet werden muß. Der Empfänger muß, will er Sachen dieser Art nicht behalten, dieselben unverzüglich nach Erkennung der Unbestelltheit dem Absender zur Verfügung stellen. Wenn der Absender die Genehmigung desjenigen, an den die Sendung gerichtet ist, für ausgeschlossen halten muß, dann hört die Pflicht, die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen, auf. Wann dieses der Fall ist, muß von einem objektiven Standpunkt aus betrachtet werden. Man muß doch bedenken, daß der Absender ganz eigenmächtig handelt, und es würde dem Empfänger zum Nachteil gereichen, wenn der Absender damit gehört werden würde, daß er, wenn auch unter verkehrten Voraussetzungen, die Genehmigung des Empfängers für durchaus möglich gehalten habe.

Bei offensichtlich sehr erheblicher Abweichung gilt das Unterlassen einer Anzeige nicht als Zustimmung gemäß § 378 HGB., jedoch schließt diese Bestimmung nicht aus, daß es trotzdem dafür gewertet werden kann. Die Grundsätze über nichtbestellte Sachen kommen zur Anwendung[5]), wenn von der Bestellung abweichende Sachen nicht unter § 378 HGB. fallen, und nach diesen Grundsätzen ist es sehr wohl möglich, daß das Stillschweigen einmal eine Zustimmung bedeutet, nämlich dann, wenn die Umstände des konkreten Falles eine andere Auslegung nicht zulassen. In Betracht kommt hierfür insbesondere § 151 BGB. und § 346 HGB.[6]). Sodann die Beachtung von Treu und Glauben. Ob ein Vertragsantrag auch ohne Erklärung der Annahme dem Antragenden gegenüber angenommen werden kann, bestimmt sich einmal nach der Absicht des Antragenden, wenn dieser nämlich auf eine ausdrückliche Erklärung verzichtet hat, zum anderen nach der Verkehrssitte, wenn nach ihr eine Annahme ohne Erklärung dem Antragenden gegenüber üblich ist (§ 151 BGB.). Unter Verkehrssitte hat man eine im Verkehr übliche Handlungsweise, durch die aber nicht eine bindende Regel verwirklicht wird, zu verstehen, von Gewohnheitsrecht kann also keine Rede sein[7]). Um einen Vertrag zustande zu bringen, bedarf

5) Vgl. Denkschrift zu HGB. S. 243.
6) Staudinger, a. a. O. Erl. 5 zu § 146 BGB.
7) Enneccerus, a. a. O. § 38 I; Franke, a. a. O. S. 44.

es demnach in den Fällen des § 151 BGB. nur der Annahme des Antrages, eine Erklärung der Annahme dem Antragenden gegenüber ist unnötig. Gewöhnlich erfolgt dann die Annahme durch schlüssige Handlungen, die diese nach außen kund tun. Wann von solchen Handlungen, die ja zunächst andere Zwecke verfolgen, aber auf jenes Geschäft als gewollt zurückweisen, gesprochen werden kann, ist bereits oben erörtert worden[8]). In denjenigen Fällen, in denen von der Verkehrssitte oder von feststehenden Handelsgebräuchen dem völlig passiven Verhalten des Antragsempfängers die Bedeutung der Genehmigung beigelegt wird, gilt auch bloßes Stillschweigen als Annahme. Man muß demnach dann immer nach der Verkehrssitte in dem Stillschweigen eine Zustimmung erblicken, wenn durch Beachtung der Grundsätze von Treu und Glauben dieses als solche ausgelegt werden darf. Das Unterlassen einer Erklärungsanzeige bedeutet dann Zustimmung zu dem Vertragsantrag, und von einer einen Schadensersatzanspruch begründenden Pflichtverletzung kann keine Rede sein[9]).

Zusammenfassend ist festzustellen, daß es grundsätzlich nicht angängig ist, aus dem Stillschweigen den Zustimmungswillen des Antragsempfängers zu entnehmen. Wenn dagegen die Grundsätze von Treu und Glauben für den Fall der Ablehnung des Vertragsantrages eine Benachrichtigung an den Antragenden verlangen, so ist in diesen Fällen bei Unterlassung der Benachrichtigung das Stillschweigen als Zustimmung anzusprechen. Wann letztere gegeben ist, ist reine Tatfrage und kann nur in Ansehung des konkreten Falles entschieden werden.

Unter Berücksichtigung des Umstandes, daß gerade im Handelsverkehr die Beachtung von Treu und Glauben eine bedeutungsvolle Rolle spielt, hält Wolff[10]) unter Kaufleuten bei Zusendung von nichtbestellten Sachen immer eine Antwortpflicht für gegeben. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden, wollte man ihr nämlich folgen, so würde die Beachtung von Treu und Glauben zu weit ausgedehnt werden. Wenn auch für den Absender viel auf dem Spiel steht, so kann er doch nicht von dem Empfänger eine Ablehnungsanzeige verlangen. Denn was dem einen recht ist, muß dem anderen billig sein, und danach könnte es mitunter dahin kommen, daß der von unbestellt

8) Vgl. Abschnitt 5, S. 63.

9) Ebenso Endemann, Bürgerliches Recht I, S. 267; Friedheim, a. a. O. S. 39; Franke, a. a. O. S. 44.

10) Wolff in Busch's Archiv, Bd. 15, S. 315 f.

zugesandten Sachen vieler Absender sozusagen zugedeckte Empfänger seine Zeit mit Ablehnungsanzeigen hinbringen müßte. Grundsätzlich ist auch im Handelsverkehr der Empfänger weder verpflichtet, dem Absender eine Antwort zukommen zu lassen, noch, wie bereits erörtert, die Sachen abzunehmen. Lediglich durch einen bestehenden Handelsbrauch könnte auf Grund der Tatsache, daß das Gesetz eine allgemeine Antwortpflicht in diesem Umfange nicht vorschreibt, eine solche bedingt sein. Im Gegensatz zu früheren Annahmen [11]) kann aber ein derartiger Handelsbrauch nicht nachgewiesen werden [12]), die Folge davon ist, daß auch auf Grund des § 346 HGB. eine Antwortpflicht des Empfängers nicht konstruierbar ist. Immerhin gibt es bei einzelnen Kreisen der Handelswelt Usancen, nach denen der Empfänger zur Anzeige der Ablehnung eines Vertragsantrages verpflichtet ist, zu nennen sind z. B. die Buchhändler [13]).

Bestritten ist, ob eine zwischen Kaufleuten bestehende Geschäftsverbindung ausreicht, um für den Fall der Ablehnung des Antrages eine Anzeigepflicht zu begründen, soll das Stillschweigen nicht als Zustimmung gelten. Während Gareis [14]) dieses annimmt, verlangen Hanausek [15]), Aßmann [16]) und Friedheim [17]) mit Recht außer dem Bestehen einer Geschäftsverbindung, daß in Ansehung der Verbindung von Zeit zu Zeit Vertragsanträge in der hier behandelten Form gestellt und diese stets von dem Empfänger angenommen worden sind. Zwischen den Beteiligten ist hier durch die dauernde Uebung ein Brauch [18]) entstanden, der den Empfänger für den Fall der Ablehnung des Vertragsantrages zu einer diesbezüglichen Mitteilung zwingt, weil sonst sein Stillschweigen nach Treu und Glauben als Zustimmung ausgelegt werden muß. Im Fall des Vorliegens einer einfachen Geschäftsverbindung besteht dagegen für den Absender keine Veranlassung, aus dem Stillschweigen des Empfängers auf eine Zustimmung desselben zu schließen, denn ein dahingehender Handelsbrauch besteht nicht. Das Stillschweigen wird hier ebenso wie sonst, sogar als Ablehnung

---

11) Z. B. Gareis, a. a. O. S. 174.

12) E. d. ROHG. 16, S. 131 f.; Aßmann, a. a. O. S. 150; Franke, a. a. O. S. 45; Milster, a. a. O. S. 15; Lange, S. 59.

13) Aßmann, a. a. O. S. 151.

14) Gareis, Stellen zur Disposition, S. 177; Gareis in Endemann's Handbuch II, S. 573.

15) Hanausek, Haftung I, S. 221.

16) Aßmann, a. a. O. S. 54.

17) Friedheim, a. a. O. S. 51.

18) Aßmann, a. a. O. S. 147.

des Vertragsantrages angesprochen werden müssen, weil die Annahmefähigkeit des Antrages nur begrenzt ist (§ 147 BGB.). Wenn der Antrag verspätet angenommen wird, so ist hierin ein neuer Antrag zu erblicken, der erst von dem Absender angenommen werden muß. Verhält sich dieser schweigend, so wird dieses gemäß § 151 BGB. als Annahme zu gelten haben, weil der Absender dadurch, daß er die Sachen bei dem Empfänger beläßt, die Vermutung der Geneigtheit, auch eine verspätete Annahme zu billigen, gegen sich hat.

Uneinigkeit herrscht darüber, welche Bedeutung dem Stillschweigen in den Fällen einer irrtümlichen Zusendung nichtbestellter Sachen beizumessen ist. Die eine Meinung [19]) nimmt für den Fall, daß der Absender die Sachen in der irrtümlichen Annahme, sie seien bestellt, abschickt, und der Empfänger sich stillschweigend verhält, eine Annahme an, sowohl nach bürgerlichem Recht, wie nach Handelsrecht, da Treu und Glauben sonst eine Anzeige zur Aufklärung des Absenders verlangt hätten. Jedoch kann in dem Unterlassen der Anzeige keine Arglist des Empfängers erblickt werden, wenn er es nicht etwa tut, um aus dem Irrtum des Absenders Nutzen zu ziehen, oder wenn er den Irrtum veranlaßt hat, denn eine Last, die er tragen soll, kann auch nur durch sein schuldhaftes Verhalten hervorgerufen sein. Aus diesem Grunde muß man sich A ß m a n n, H a n a u s e k und F r ä n k e l [20]) anschließen, die den Absender die Folgen seines Irrtums tragen lassen und dem Empfänger keine Erklärungspflicht aufbürden. In Konsequenz der erstgeschilderten Ansicht würde man einem „mit allen Wassern gewaschenen" Absender im Falle der Ablehnung des Antrages zu einer Erklärung verpflichtet sein, wenn dieser seinen Sendungen ein Begleitschreiben beifügt, das mit den Worten anfängt: „Auf Grund Ihrer Bestellung . . .". Aber selbst für den Fall des Nichtvorliegens eines dolosen Verhaltens auf Seiten des Absenders würde die Annahme einer Antwortpflicht den Grundsatz von Treu und Glauben zu weit ausdehnen. Natürlich kann man sich moralisch und sittlich verpflichtet fühlen, eine Antwort zu geben, eine Rechtspflicht dazu oder eine Pflicht, die Ablehnung unter dem sonstigen Präjudiz der Genehmigung anzuzeigen, gibt es nicht [21]). Diese Anstandspflicht wird

---

19) Gareis, Stellen zur Disposition, S. 178, § 60, 2 c; Gareis, in Endemann's Handbuch II; Wolff § 262 IV, 1 cc; Busch's Archiv, Bd. 15, S. 310.

20) Aßmann, a. a. O. S. 142; Hanausek I, S. 223; Fränkel, S. 45.

21) Fränkel, a. a. O. S. 45, Anm. 43.

aber zu einer Rechtspflicht[22]), wenn die Parteien Geschäftsfreunde sind, denn der Empfänger kann durch geringe Mühe von seinem Geschäftsfreunde einen vielleicht nicht unerheblichen Schaden abwenden, dieses muß um so mehr gelten, als durch das Ausführen von wiederholt eingehenden Bestellungen ein solcher Irrtum leichter veranlaßt wird. Genau so ist zu entscheiden, wenn die Zusendung infolge eines Schreibfehlers bei der Anschrift oder durch einen Irrtum der Uebermittlungsperson erfolgte. Hat der Empfänger ungeachtet seiner Kenntnis von dem Irrtum zur Zeit der Ablieferung die Sachen abgenommen, so muß er auf Grund des Umstandes, daß er als Geschäftsführer ohne Auftrag handelte[23]), dem Absender eine Mitteilung machen (§ 681 BGB.).

Wenn der Absender bei der Zusendung nichtbestellter Sachen irrtümlich von der Voraussetzung ausging, daß die Person, welche für einen anderen eine Bestellung macht, eine entsprechende Vertretungsmacht hatte, so ist der Empfänger grundsätzlich nicht verpflichtet, durch eine Mitteilung an den Absender den Sachverhalt aufzuklären, es sei denn, daß es sich bei dem Besteller um eine Person handelte, die immerhin für solche Handlungen nach ihrer Stellung, ihrem Verhältnis zum Empfänger in Betracht kam, der Irrtum über die Vertretungsmacht also entschuldbar war. In diesem Fall würde das Unterlassen der Anzeige ein Verstoß gegen Treu und Glauben sein, und mit Recht müßte deshalb das Stillschweigen dem Empfänger zum Nachteil ausgelegt werden[24]).

Das Reichsoberhandelsgericht[25]) hatte über folgenden Sachverhalt zu befinden: „A“ sendet dem „B“ auf eine Bestellung hin die bestellte Ware als Erfüllung, fügt aber gleichzeitig als Kaufofferte nichtbestellte Ware bei. „B“ sendet einen Teil der nichtbestellten Ware zurück und hüllt sich über den anderen Teil in Stillschweigen. — Es wurde dahin entschieden, daß hier das Stillschweigen in Verbindung mit dem Zurückschicken des einen Teils dahin gedeutet werden müsse, daß der Empfänger den anderen habe behalten wollen. Wenn jedoch ein Buchhändler mehrere Bücher unbestellt „zur Ansicht“ übersendet, so geht die unbestrittene Meinung dahin, daß, wenn der Empfänger einen Teil der Bücher zurückgehen läßt und sich über den Rest ausschweigt, noch keine Annahme darin erblickt werden darf[26]). Eine allgemeine

---

22) Friedheim, a. a. O. S. 55.
23) Friedheim, a. a. O. S. 53; Franke, a. a. O. S. 47.
24) Hanausek, Haftung; Franke, a. a. O. S. 47.
25) ROHG., Bd. 16 Nr. 15, S. 40 ff.
26) Milster, a. a. O. S. 23; Friedheim, a. a. O. S. 58; Gareis, Stellen

Regelung der Antwortpflicht bei der sonstigen Vermutung der Genehmigung kann, wie aus den angeführten Fällen hervorgeht, nicht aufgestellt werden, es müssen vielmehr bei der Beurteilung eines jeden Falls die genauen Verhältnisse und konkreten Umstände beachtet werden[27]). Im Zweifel muß dabei, abgesehen von den Fällen des Irrtums, stets der Empfänger besser gestellt werden, denn sein Interesse überwiegt, und er muß die meisten Lasten tragen. Unbestritten ist die rechtliche Bedeutungslosigkeit einer von dem Absender an den Empfänger gerichteten einseitigen Erklärung des Inhaltes, der Absender würde, falls er bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine gegenteilige Nachricht habe, dieses als Zustimmung ansehen. Zu bemerken ist noch, daß der Empfänger eine Aufforderung, die Sachen für den Fall der Ablehnung des Vertragsantrages zurückzuschicken, unbeachtet lassen kann, selbst wenn der Absender „um dem Empfänger die Sache leicht zu machen", der Sendung Rückporto, Paketadressen, Bindfaden und dergl. mehr beigefügt hat.

Abschnitt 9.

Entledigungsrechte des Empfängers.

Entledigungsrechte! Für den Fall der Ablehnung des Vertragsschlusses kommt das Gesetz dem durch die unerwartete Zusendung nur allzuoft in große Verlegenheit geratenen Empfänger zu Hilfe, indem es ihm mehrere Mittel an die Hand gibt, die ihm die Möglichkeit geben, selbst dem unangenehmen Zustand ein Ende zu bereiten. Der Empfänger hat es nicht nötig, darauf zu warten, daß der Absender dieses früher oder später tut. In anderem Zusammenhange ist schon darauf hingewiesen worden, daß es einen Unterschied macht, ob der Empfänger die nichtbestellten Sachen mit Willen und in Kenntnis ihrer Unbestelltheit aufgenommen hat, oder ob die Sachen auf andere Weise in seine Hände gespielt, bei ihm eingeschmuggelt worden sind. Von dieser Unterscheidung muß auch im folgenden ausgegangen werden, denn es ist nicht mehr als recht und billig, daß dem ohne einen entsprechenden Willen in die Besitzerrolle gedrängten Empfänger mehr Entledigungsbehelfe zu Gebote stehen, als einem Empfänger, der durch sein Zutun Besitzer der Sachen

---

zur Disposition, S. 175; Gareis in Endemann's Handbuch II, S. 573; Hanausek, Haftung I, S. 219; Aßmann, a. a. O. S. 54.

27) Franke, a. a. O. S. 48.

geworden ist. Er muß die Möglichkeit haben, den Besitz im Ablehnungsfall baldigst aufgeben zu können, denn er hat ihn gegen seinen Willen erlangt, und es kann keine Rede davon sein, daß er sich durch die Aufgabe mit seinem Verhalten in Widerspruch setzt. Anders ist zu entscheiden, wenn der Empfänger die Sachen mit Willen in Besitz genommen hat: das zwischen ihm und dem Absender bestehende Verhältnis kann nicht so schnell gelöst werden, da der Absender sich auf Grund des Verhaltens des Empfängers der Erwartung hingeben darf, der Empfänger werde sich die Sache überlegen, den Antrag in Erwägung ziehen. Die unbestellt zugesandten Sachen werden also notwendig länger in den Händen des Empfängers verbleiben.

Der Umstand, daß der Absender die nichtbestellten Sachen auf irgendeine Weise bei dem Empfänger eingeschmuggelt hat, kann dazu verleiten, dem Empfänger die weitestgehenden Rechte zuzusprechen, sich der Sachen wieder zu entledigen. Nach Josef[1]) hat der Adressat das Recht, die ihm unbestellt zugegangenen Sachen auf die Straße zu werfen, ohne daß er sich hierdurch dem Absender verantwortlich macht. Beer[2]) bezeichnet die Selbstentledigung durch Fortwerfen als „unwirtschaftliche Selbsthilfe“, gegen die schon die Römer, wie aus der I. 1 § 3 D. 18, 6 hervorgehe, eine starke Abneigung gezeigt haben. Was ist von der Ansicht Josefs zu halten? Der Absender hat die Sachen dadurch, daß er dieselbe nicht, für den Empfänger erkennbar, als unbestellte gekennzeichnet hat, auf dessen Grundstück geschmuggelt und so den Besitzer des Grundstücks in der Ausübung seines Besitzes, wenn auch oft in geringem Maße, gestört. Eine Störung im Besitze ohne Willen des Besitzers ist, wenn das Gesetz die Störung nicht gestattet, widerrechtlich. Das Vorgehen des Absenders stellt sich hiernach als „verbotene Eigenmacht“ im Sinne des § 858 BGB. dar. Nach § 859 Abs. 1 BGB. kann sich der Besitzer, im vorliegenden Falle der Empfänger, „verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren“. Jedenfalls von diesem Gesichtspunkte aus ist Josef zu dem Ergebnis gelangt, daß der Empfänger, wenn er die nichtbestellten Sachen „auf die Straße wirft“, nur von der ihm zustehenden gesetzlich erlaubten Selbsthilfe Gebrauch macht. Die Richtigkeit der Voraussetzung und des Gedankenganges dürfte nicht zu bezweifeln sein, auch wird man das Recht, sich grundsätzlich der vorgefundenen Sachen durch Fortwerfen zu entledigen, nicht

---

1) Josef, in Dtsch. Jur.=Ztg., Jahrg. 1901, Nr. 16/17.
2) Beer, in Dtsch. Jur.=Ztg., Jahrg. 1901, Nr. 19.

absprechen können. Der Gesetzgeber hat jedoch in Erwägung des Umstandes, daß ein peinlichstes Ausüben eines jeden Rechtes, das einem zusteht, große Härten mit sich bringen würde, mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse nur den Grundsätzen der Sittlichkeit nicht widersprechende Rechte anerkannt. Allerdings kann die Rechtsordnung nicht in jedem einzelnen Falle die Rechte derart begrenzen, daß sie nun unter allen Umständen mit der Sittlichkeit nicht im geringsten Widerspruch stehen: die Rechtsordnung kann und soll bei der Anerkennung der Rechte und ihres Inhaltes nur insofern die Gebote der Sittlichkeit berücksichtigen, als dieses bei Aufstellung von Rechtssätzen möglich ist. Da es aber nicht möglich ist, die Ausübung der einzelnen Rechte so zu begrenzen, daß jeder Mißbrauch, der von dem Berechtigten getrieben werden könnte, ausgeschlossen ist, so hat der Gesetzgeber im Bürgerlichen Gesetzbuch Rechtssätze allgemeiner Natur geschaffen, die den Richter in die Lage versetzen, im einzelnen Falle für eine notwendige Begrenzung zu sorgen. Wenn nun auch nicht zu leugnen ist, daß das Bestehen von Rechtssätzen, die eine derartige Rücksichtnahme auf die Gebote der Sittlichkeit vorschreiben, sehr leicht die Gefahr des Mißbrauches nach sich ziehen kann, so versetzen sie uns immerhin recht oft in die Lage, dafür Sorge zu tragen, daß eine nach allgemeinem Rechtsbewußtsein als Unbilligkeit empfundene Ausübung eines Rechtes nicht Platz greifen kann. Wie unumgänglich notwendig solche Bestimmungen sind, zeigt sich in besonderem Maße im vorliegenden Fall, ist doch dem Erwehrungsrecht des Empfängers durch Fortwerfen der Sachen gemäß § 826 BGB. eine Schranke gezogen. Auf den ersten Blick könnte man annehmen, daß der Richter auf Grund des § 226 BGB. in die Lage versetzt ist, den Absender gegen ein solches wohl in den meisten Fällen offenbar als „Schikane" angesehenes Vorgehen des Empfängers in Schutz zu nehmen, doch wird der Tatbestand dieses sogenannten Schikaneverbotes nur selten gegeben sein, da die Ausübung des Entledigungsrechtes wohl immer einen anderen Grund haben kann, als dem Absender Schaden zuzufügen. Voraussetzung für die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift ist aber, daß, ganz objektiv betrachtet, die Schadenszufügung der einzige Zweck der Ausübung des Rechtes sein kann. Wenn nun auch § 226 BGB. den Absender nicht gegen eine solche vorsätzliche Schadenszufügung in Schutz nimmt, so kann er Hilfe aus § 826 BGB. erwarten, denn der Tatbestand dieses Paragraphen ist in vollem Umfange gegeben. Gemäß dieser Vorschrift muß derjenige, welcher in einer gegen die guten Sitten verstoßen-

den Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen diesen Schaden ersetzen. Voraussetzung des Anspruches ist demnach, daß jemand einem anderen vorsätzlich Schaden zugefügt hat, und daß die Handlung, durch welche die Schädigung herbeigeführt ist, mit den guten Sitten nicht in Einklang zu bringen ist. Um eine vorsätzliche Schadenszufügung anzunehmen, genügt es, wenn der Täter bei der Vornahme der Handlung das Bewußtsein der Schädigung hat[3]); der Vorsatz bezieht sich hier auf die Schadenszufügung selbst, nicht auf den tatsächlichen Erfolg. Beide Voraussetzungen werden im vorliegenden Fall oft gegeben sein, denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß derjenige, welcher eine fremde Sache fortwirft, nicht nur das Bewußtsein der Schädigung hat, sondern auch weiß, daß eine derartige Handlung gegen die guten Sitten verstößt. Wenn jedoch der Absender mit der Sendung eine nicht unwesentliche Beeinträchtigung des ungestörten Besitzes des Empfängers verursacht, so verstößt das Entledigen durch Fortwerfen der unbequemen Sachen nicht gegen die guten Sitten[4]). Ob dieses der Fall ist, hat der Richter im konkreten Fall festzustellen. Wenn sich der Empfänger auf diese Art befreit, so ist dieses nicht abhängig von einer vorher dem Absender geschickten Aufforderung, die nichtbestellten Sachen abzuholen.

Das Preisgaberecht muß dem Empfänger auch dann im weitesten Umfange zugesprochen werden, und zwar unter dem Gesichtspunkte der Notwehr, wenn die Sendung für ihn oder einen anderen eine drohende Gefahr enthält, und der entstehende Schaden nicht unverhältnismäßig groß wird.

Das gleiche gilt, wenn leicht verderbliche oder gar schon in Fäulnis übergegangene Sachen Gegenstand der Zusendung waren.

Will der Empfänger, wenn ihm das Preisgaberecht durch Fortwerfen zusteht, hiervon keinen Gebrauch machen, so darf er die Sachen einem öffentlichen Lagerhause oder einem Lagerhalter übergeben. Der Empfänger kann sich für die entstehenden Kosten an den Absender halten[5]). Für diesen Anspruch steht ihm das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 2 BGB. zu. Die Frage, ob einem Kaufmann, wenn ihm von einem anderen Kaufmann unbestellte Sachen geschickt werden, und

---

3) Prot. II, S. 8496; Mot. VI, S. 202.

4) Fränkel, a. a. O. Anm. 7 in § 10; Franke, a. a. O. S. 51; Friedheim, a. a. O. S. 84.

5) Vgl. Friedheim, a. a. O. S. 87, der eine Schadensersatzpflicht aus § 867 BGB. begründet; Fränkel, a. a. O. S. 72, der aus Analogie von § 373 HGB. zum gleichen Ergebnis kommt.

diese ohne seinen Willen in seinen Gewahrsam gelangt sind, das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht zusteht, muß für diesen Tatbestand verneint werden, verlangt doch § 369 Abs. 1 HGB., daß die Sachen mit Willen auf Grund von Handelsgeschäften in seinen Gewahrsam gelangt sind.

Gemäß § 867 BGB. ist der Empfänger für den Fall, daß er die Sachen noch nicht in Besitz genommen hat, verpflichtet, die Abholung derselben zu gestatten. Natürlich kann diese Leistung des Empfängers nur bewirkt werden, wenn der Gläubiger die Abholung bewerkstelligt.

Der Empfänger kann gemäß § 372 bezw. § 383 BGB. die Sachen für den Absender hinterlegen, oder, wenn sie hierzu nicht geeignet sind, versteigern lassen[6]) — sich ihrer also entledigen — wenn der Absender, der Gläubiger, auf die Aufforderung des Empfängers hin dessen Leistung nicht annimmt und daher gemäß §§ 295, 293 BGB. in Annahmeverzug geraten ist. Hat der Empfänger auf die Rücknahme der Sachen verzichtet, so wird er von jeder Verpflichtung frei (§ 378 BGB.). Eine Androhung oder Benachrichtigung darf in diesen Fällen unterbleiben, weil sie „untunlich" ist (§ 384 Abs. 3 BGB.).

Einigkeit herrscht darüber, daß der Empfänger in den Fällen, in denen er sich der Sachen gemäß § 859 BGB. erwehren darf, befugt ist, diese zurückzusenden, und zwar unfrankiert oder „per Nachnahme"[7]). Im täglichen Leben wird diese Art wohl am häufigsten vorkommen, da sie am einfachsten ist und am schnellsten zum Ziele führt. Natürlich wird man nur solche Sendungen unter Nachnahme der Portokosten zurücksenden, die durch ihren Wert gegebenenfalls die Portokosten decken, denn sonst könnte es vorkommen, daß man diese im Falle der Annahmeverweigerung seitens des Absenders selbst zu tragen hat, hält sich doch die Post in diesem Fall an den Auftraggeber der Sendung. Im übrigen ist auch bei der Rücksendung — wie überall, wo der Empfänger von einem Mittel Gebrauch macht, sich der Sachen zu entledigen — zu beachten, daß die Art des Sichentledigens im konkreten Fall nicht gegen die Bestimmung des § 226 oder § 826 BGB. verstoßen darf. Würde z. B. der Empfänger eine antike marmorne Apollobüste, die ihm aus einem 25 Kilometer von seinem Wohnsitz entfernt liegenden Gebirgsdorf, das mit Ausnahme der Eisenbahn nur auf unwirtlichen Wegen zu erreichen ist, mittels federnden Eisenbahnwaggons zugegangen ist, auf einem vielen Erschütterungen ausgesetzten

6) Ebenso Aßmann, a. a. O. S. 105.
7) Staudinger, Erl. 5 zu § 146, S. 623.

Leiter- oder Bollerwagen zurücksenden, so wird hierin ein Verstoß gegen § 826 BGB. dann erblickt werden müssen, wenn die zwecks Uebergabe der Büste an die — vorhandene — Bahnstation aufzuwendende Mühe nicht erheblich größer ist, als die Uebergabe an den Fuhrmann des Leiter- oder Bollerwagens.

Darf der Empfänger das Preisgaberecht durch Fortwerfen der Sachen nicht ausüben, da ein solches Vorgehen gegen § 826 BGB. verstoßen würde, und will er die Mühe, die Sachen zurückzusenden, nicht auf sich nehmen, so steht ihm das weitere Recht zu, gegen den Absender Klage auf Fortschaffung der Sachen zu erheben. Bei dieser Klage handelt es sich um eine Besitzstörungsklage im Sinne des § 862, Abs. 1, Satz 1 BGB., stellt sich doch — wie schon dargetan — das Hineinschmuggeln der Sachen in das Anwesen des Empfängers als verbotene Eigenmacht von Seiten des Absenders dar, wodurch der Empfänger im Besitz gestört wird. Ist der Empfänger nicht nur Besitzer, sondern auch Eigentümer des betreffenden Anwesens, so steht ihm die Eigentumsstörungsklage (actio negatoria) aus § 1004 BGB. zu. Bemerkt sei noch, daß bei beiden Klagen den Absender kein Verschulden treffen braucht, was zur Folge hat, daß man sich auch in einem Irrtumsfall dieser Mittel bedienen kann.

Im vorstehenden ist angenommen worden, daß der Empfänger an den Sachen ohne Willen und in Unkenntnis ihrer Unbestelltheit Besitz erworben hat. Wie ist nun die Lage zu beurteilen, wenn der Empfänger mit den soeben vorgefundenen Sachen eine willentliche Handlung vornimmt, die seinem bereits vorher erworbenen Besitz entspricht? Unzweifelhaft äußert er dadurch seinen Willen, den ihm von dem Absender gestellten Antrag in Erwägung zu ziehen. Daraus erhellt, daß der Empfänger ebenso, als hätte er die Sachen trotz Kenntnis ihrer Unbestelltheit mit Willen abgenommen, nicht die Möglichkeit hat, sich der Sachen an Hand der Besitzstörungs- bezw. Eigentumsfreiheitsklage zu entledigen, wird doch in diesem Fall eine eventl. Störung nicht durch verbotene Eigenmacht, sondern durch das Verhalten des Besitzers, der, ohne hierzu verpflichtet zu sein, die Sachen abnahm bezw. sich damit zu schaffen machte, hervorgerufen. Trotzdem kommt der Empfänger, der die Sachen gerne loswerden möchte, auch in diesem Falle nicht in die Verlegenheit, solange warten zu müssen, bis sich der Absender bewogen fühlt, seinerseits Befreiungsmaßnahmen zu treffen. Da er aber hier — wie oben bereits erörtert — verpflichtet ist, die Sachen in Obhut zu nehmen, aufzubewahren, so ist er für den Fall der Ablehnung des Antrages nicht berechtigt, sich sogleich der Sachen

zu entledigen, vielmehr muß er einige Zeit verstreichen lassen. Die Grenze wird dort zu suchen sein, wann im konkreten Fall der Absender unter regelmäßigen Umständen die Möglichkeit hat, sich um die Sachen zu bekümmern[8]). Nach Ablauf dieser Zeitspanne darf der Empfänger die Sachen gleichfalls unter Nachnahme der Portospesen, aber nicht unfrankiert[9]), zurückgehen lassen, jedoch besteht in manchen Handelszweigen, z. B. in der Textil- und Kurzwarenbranche, ein Handelsbrauch, nach dem sogenannte Ansichtssendungen, d. h. Sendungen, bei denen der Adressat eine Auswahl Waren vom Absender eingefordert hat, „franko gegen franko" geschehen, d. h. der Empfänger ist verpflichtet, die Ware für den Fall, daß sie ihm nicht zusagt, unter Tragung der Rücksendungskosten abgehen zu lassen[10]). Ein Verstreichenlassen der Frist seitens des Empfängers würde gegen Treu und Glauben verstoßen, da der Aufbewahrungspflicht nicht Genüge geschehen ist.

Der Empfänger würde daher dem Absender zum Ersatz des eingetretenen Schadens verpflichtet sein. Wenn Friedheim[11]) hier eine Geschäftsführung ohne Auftrag annimmt, so ist dagegen zu sagen, daß der Empfänger hier wohl überwiegend in eigenem Interesse handelt, sollte er wirklich einmal den mutmaßlichen Willen des Absenders ausführen, dann wird wohl regelmäßig kein Schaden entstanden sein.

Schon vor Ablauf der oben beschriebenen Frist darf aber der Empfänger den Absender auffordern, die Sachen abzuholen. Kommt der Absender dieser Aufforderung nicht nach, so gerät er in Gläubigerverzug (§ 295 BGB.). Der Empfänger haftet jetzt einerseits nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 300 BGB.), andererseits steht ihm nun ohne Rücksicht auf das Interesse des Absenders die Befugnis zu, die Sachen zu hinterlegen oder zu versteigern[12]), und wird frei, wenn er auf die Rücknahme Verzicht geleistet hat. Der Ansicht[13]), die eine Vertragsklage auf Rückschaffung der Sachen für möglich hält, muß entgegengehalten werden, daß — wie bereits angeführt — zwischen dem Empfänger und dem Absender kein Vertragsverhältnis besteht.

---

8) Franke, a. a. O. S. 53.

9) Durch dieses Verhalten würde der Empfänger dem Absender einen Schaden zufügen, der zu vermeiden war. Eine Schadensersatzpflicht gemäß § 826 BGB. käme evtl. in Betracht.

10) Friedheim, a. a. O. S. 106.

11) Friedheim, a. a. O. S. 106.

12) Staudinger, a. a. O., Erl. 5 zu § 146.

13) Aßmann, a. a. O. S. 136.

Abschnitt 10.

Die rechtliche Stellung des Absenders.

Wir haben gesehen, daß mit der Zusendung eine Einladung zu einer Offerte oder eine annahmefähige Offerte zum Empfänger gelangt. Wenn in der Sendung bereits ein Antrag zu einem Vertrage liegt, so ist der Absender an diesen gebunden (§ 147, Abs. 2 BGB.), d. h. er kann ihn nicht vor Ablauf einer bestimmten Frist widerrufen oder abändern. Die Gebundenheit des Absenders beginnt gemäß § 130 BGB. in dem Augenblick, in dem die Antragserklärung dem Empfänger zugeht und dauert solange, wie es die §§ 147 Abs. 2 und 151 BGB. bestimmen. Mit Rücksicht darauf, daß der Inhalt eines Antrages sehr verschieden sein kann, hat der Gesetzgeber es unterlassen, eine genau bestimmte und für jeden Fall geltende Frist festzusetzen. Es kommt hier ganz auf die regelmäßigen Umstände und die Verkehrssitte an [1]), außerdem ist aber dem Willen des Absenders eine große Bedeutung beizumessen. Was die Bestimmung der Frist anbelangt, so liegt sie insofern in den Händen des Absenders, als für sie nur sein Standpunkt maßgebend ist. Der Absender kann davon ausgehen, daß bei der Beförderung und Prüfung seines Antrages alles so zugeht, wie es seiner Erfahrung entspricht [2]).

Da der Empfänger gewöhnlich nicht verpflichtet ist, dem Absender von seinem Entscheid eine Nachricht zukommen zu lassen, so muß sich der Absender für den Fall, daß er keine Frist setzte, oder der Empfänger schwieg, nach dem Verbleib der Sendung erkundigen, will er dem eingetretenen Schwebezustand, den er ja durch seine Sendung hervorgerufen hat, ein Ende bereiten.

Der Absender wird für den Fall der Ablehnung unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Empfänger auch nicht gegen Erstattung des Rückportos verpflichtet ist, ein Zurückgehen zu bewirken [3]), die Sachen bei dem Empfänger abholen. Diese Pflicht stellt sich aber auch als ein Recht des Absenders dar, im Falle der Ablehnung oder nach Erlöschen des Antrages wieder zu seinen Sachen zu kommen. Wenn sich der Empfänger weigert, dem Absender dieses zu gestatten, so sind dem Absender vom Gesetz Mittel gegeben, dies zu erzwingen.

Wenn der Empfänger die Sendung noch nicht in Besitz genommen hat [4]), dann kann der Absender gemäß § 867

---

1) Ebenso Aßmann, a. a. O. S. 41; Franke, S. 55.

2) Ebenso Staudinger, Erl. 5, Abs. 4 a. E. zu § 147: „Der Antragende braucht mit etwas Anomalem nicht zu rechnen" und Franke, S. 55.

3) Staudinger, Erl. 5 zu § 146.

4) D. h. die bereits in seinem Besitz befindlichen Sachen noch nicht durch eine Willensbetätigung in Besitz genommen hat. Vgl. Abschnitt 6, desgl. Rosenberg, § 867, S. 113.

BGB. nur verlangen, daß der Empfänger ihm die Erlaubnis zur Aufsuchung und Wegschaffung der Sachen gibt[5]). Der Empfänger kann die Gestattung von einer Sicherheitsleistung seitens des Absenders abhängig machen, wenn dabei die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, es sei denn, daß mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Entsteht ein Schaden, so ist der Absender ersatzpflichtig. Bei dem Anspruch des Absenders handelt es sich nicht um einen Herausgabeanspruch, sondern nur um einen Anspruch gegen den Empfänger auf Duldung der Wegschaffung der Sachen. Aus diesem Grunde hat es der Empfänger nicht nötig, im Falle der Geltendmachung des Anspruches selbst tätig zu werden, andererseits darf er sich aber auch keiner unerlaubten Handlung schuldig machen. Eine solche wäre anzunehmen, wenn der Empfänger die Sachen im Keller verstecken und dadurch das Recht des Absenders vereiteln würde (§ 823, Abs. 2 BGB.). Nicht erforderlich ist, daß der Absender ganz genau die Stelle angeben muß, an der sich die Sachen befinden[6]).

Willentliches Ausüben der tatsächlichen Herrschaft über die Sendung und eine dadurch herbeigeführte Inbesitznahme[7]) liegt vor, wenn der Empfänger überhaupt nicht eine Aufsuchung gestattet. Da der Anspruch aus § 867 BGB. aber nur dann gegeben ist, sofern nicht die Sendung inzwischen in Besitz genommen worden ist, so muß der Absender für den Fall, daß der Empfänger sich hierauf beruft, andere Mittel anwenden, um wieder zu seinen Sachen zu kommen. Denn auch die in diesem Augenblick durch die Verweigerung der Aufsuchungserlaubnis erfolgte Inbesitznahme bringt den Anspruch zum Erlöschen[8]), da das „inzwischen" heißt, daß eine Inbesitznahme seit dem Augenblick, von dem an sich die Sache auf dem Grundstück befindet, wie auch jede spätere diesen Erfolg hat[9]).

Dem Absender steht, soweit er Eigentümer der Sendung ist, für den Fall, daß der Antrag erloschen oder abgelehnt ist, der Herausgabeanspruch nach § 985 BGB. zu, da von diesem Zeitpunkt an das Recht des Empfängers zum Besitz erlischt. Wird die Herausgabe verweigert, so tritt gemäß § 990 BGB. Verzugshaftung ein, und der Empfänger hat für jede Fahrlässigkeit aufzukommen. Man muß hier aber beachten, daß der Absender die Sachen abzuholen hat, der Empfänger hat lediglich herauszugeben, er gerät nicht in Verzug, wenn er die Rücksendung weigert. Dem Absender steht —

5) Staudinger, a. a. O. will § 1005 und § 867 wenigstens analog anwenden.
6) Josef, a. a. O.
7) D. h., nachdem er bereits Besitz hatte, den er ohne sein Zutun erwarb. Vgl. Abschnitt 6; Rosenberg, § 867, S. 113, IV, 1 c.
8) Wolff, Sachenrecht, § 19, VII, 2.
9) Franke, a. a. O. S. 56; Rosenberg, § 867, IV, 1 c, S. 113.

mag er nun Eigentümer sein oder nicht — außerdem ein Anspruch auf Herausgabe der Sendung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu, denn der Empfänger ist über den Zeitpunkt der Annahmefähigkeit des Antrages hinaus nur im Fall der Annahme der Offerte zum Besitz der Sachen berechtigt, verhält er sich aber ablehnend, oder läßt er die Zeit, in der ihm eine Annahme möglich ist, unbenützt verstreichen, dann besitzt er ohne rechtlichen Grund, steht ihm doch der Besitz, den er durch die Leistung des Absenders auf dessen Kosten erlangt hat, nicht mehr zu (§ 812, Abs. 1, Satz 1 BGB.). Da der Besitz der Sendung — die Bereicherung des Empfängers — wegen der mit ihm verbundenen Rechtsvorteile als Rechtsgut[10]) anzusehen ist, so kann hier die Bereicherungsklage Platz greifen[11]). Ihr kommt gerade für den vorliegenden Fall besondere Bedeutung zu, denn der § 861 BGB. kann nicht zur Anwendung kommen, weil seine Voraussetzung, nämlich verbotene Eigenmacht des Empfängers, nicht gegeben ist; ebensowenig nützt § 1007, Abs. 1 BGB. dem Absender, da der Empfänger sich bei dem Besitzerwerbe wegen seiner Berechtigung hierzu nie in bösem Glauben befinden kann. Wenn diese Bereicherung aber später wieder fortfällt, dann ist dem Absender wegen des Umstandes, daß sein Anspruch nur auf die B e r e i c h e r u n g des Empfängers geht, keine Möglichkeit mehr gegeben, den Besitz der Sache oder einen Ersatz dafür wieder zu erlangen. Der Wegfall der Bereicherung wird in den meisten Fällen so vor sich gehen, daß der Empfänger das Zugesandte aus einem entschuldbaren Irrtum heraus verbraucht oder verzehrt, ohne dadurch eine Ersparnis zu machen. Man denke z. B. an ein Geburtstagskind, das eine ihm zugesandte Torte verzehrt, weil es auf Grund des Umstandes, daß aus der Sendung nichts Genaues zu ersehen ist, an das Geschenk eines Freundes dachte. In diesem Falle nützt auch dem Absender, wenn er E i g e n t ü m e r ist, der Herausgabeanspruch aus seinem Eigentum nichts, denn der Empfänger hat das Unvermögen, die Leistung zu bewirken, nicht zu vertreten und wird deshalb frei (§ 275 BGB.). Wenn der Besitzer den Mangel des rechtlichen Grundes kennt, dann trifft ihn im verstärkten Maße eine Haftung (§ 819, Abs. 1 und § 292 BGB.).

Der Empfänger hat an den nichtbestellten Sachen bereits Besitz, er kann aber auch durch Verbindung, Vermischung oder

---

10) Enneccerus-Wolff II, § 3 III, nennt den Besitz ein relatives, subjektives Recht; v. Thur, Allgemeiner Teil I, S. 208, bezeichnet ihn als absolutes Recht.

11) Ebenso RGR. Komm. Erl. 1 zu § 812 unter b; Staudinger, Vorbemerkung zu § 812, Nr. 5, Abs. 2; Rosenberg vor § 858, II, 2, S. 62; Aßmann, S. 123, § 52, Abs. 2; Strohal, S. 56; Franke, S. 57; Lange, S. 59.

Verarbeitung Eigentum an der Sendung erlangen, wenn er es nicht vorzieht, dieses durch Eingehen auf den angebotenen Vertrag zu erwerben. Der Absender kann im Fall des eben beschriebenen Einwirkens auf die Sachen seitens des Empfängers von diesem „Vergütung in Geld" beanspruchen, jedoch nur insoweit, als der Empfänger bereichert ist (§ 951 BGB.). Ein Schadensersatzanspruch wäre gegeben, wenn die Handlung des Empfängers sich als unerlaubte Handlung darstellt.

Der Empfänger darf für den Fall, daß der Absender seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, dessen Anspruch auf Herausgabe bezw. Gestattung der Wegnahme der Sachen ein Zurückbehaltungsrecht wirksam entgegensetzen. Dieses kann auf einem dem Empfänger zustehenden Schadensersatzanspruch beruhen, haftet doch der Absender für jeden Schaden, der dem Empfänger durch die zugesandten Sachen erwachsen ist. Durch einen solchen Schaden verletzt der Absender widerrechtlich den Besitz des Empfängers, also ein „sonstiges Recht"[12]) und macht sich gemäß § 823, Abs. 1 BGB.[13]) schadensersatzpflichtig. Voraussetzung dieser Pflicht ist aber stets Widerrechtlichkeit und Schuld. Dieses kann manchmal für den Absender mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sein, wenn z. B. einem Museumsdirektor von einem Antiquitätenhändler unbestellt eine mit „Holzbohrern" behaftete Truhe zugeschickt wird, und diese z. B. auf ihr stehende Holzgegenstände „angesteckt" hat, vorausgesetzt, daß Fahrlässigkeit auf Seiten des Absenders anzunehmen ist. Abgesehen davon muß der Absender, da er zur Abholung der Sachen verpflichtet ist, für den Fall, daß der Empfänger die Zurücksendung veranlaßt, diesem die Kosten erstatten. Desgleichen hat er für die Begleichung der Hinterlegungskosten Sorge zu tragen. Wenn der Empfänger für die Sachen notwendige Aufwendungen macht, dann kann er von dem Absender Ersatz beanspruchen (§ 994 ff. BGB.). Ist der Empfänger Kaufmann, so steht ihm unter besonderen Voraussetzungen (§ 354 HGB.) für die Aufbewahrung Lagergeld oder für Dienstleistungen Provision zu. Für den Fall, daß der Absender den Empfänger ersucht hat, bei Ablehnung des Antrages die zugesandten Sachen bis zu der Abholung aufzubewahren, kann auch ein Nichtkaufmann, ebenso wie ein Kaufmann — kommt er dem Ersuchen nach — von dem Absender eine Vergütung verlangen, wenn eine Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine solche zu erfolgen pflegt[14]) (§ 686 BGB.).

---

12) Aßmann, a. a. O. S. 112.

13) A. A. Rosenberg vor § 858, II, 3, S. 63, der den Besitz nicht als Recht auffaßt. Er begründet die Schadensersatzforderung aus § 823, Abs. 2, wegen Verletzung des Schutzgesetzes des § 858 BGB.

14) Aßmann, a. a. O. S. 116.

Es bedarf wohl keiner näheren Erörterung, daß dem Absender kein Mittel an die Hand gegeben ist, den Empfänger zu zwingen, den Vertragsantrag anzunehmen. Man stößt aber — besonders in dem Fall, daß der Empfänger der Sendung schweigt, immer wieder auf Fälle, in denen der Absender bestrebt ist, auf den Empfänger z. B. durch die Mitteilung, er, der Absender, werde sich für den Fall, daß innerhalb einer bestimmten Frist kein gegenteiliger Bescheid erfolge, höflichst gestatten, den Preis „per Nachnahme" zu erheben, eine Art Druck auszuüben. Wie mir bekannt geworden ist, versucht man auf diese recht oft zu einer gewissenlosen Ueberrumpelung führende Weise insbesondere die Bewohner des platten Landes zu umgarnen. Typisch für die oben beschriebene Art des Vorgehens ist die mehrfach von mir festgestellte Aeußerung einfacherer Landwirtschafttreibender, daß der X ihnen z. B. eine 20-Pfundpackung Kali habe „andrehen" wollen, da er sicher geglaubt habe, sie seien „mit dem Schreiben nicht so fix bei der Hand". Es ist bereits dargelegt, daß der Empfänger nicht verpflichtet ist, auf das Ansinnen des Absenders einzugehen, infolgedessen wird er die Nachnahme nicht bezahlen, sondern sie zurückgehen lassen. Obwohl der Absender sich nun sagen kann, daß sein Antrag abgelehnt worden ist, besitzt er nicht selten die Unverfrorenheit, eine zweite Nachnahme zu senden. Man geht nicht zu weit in der Annahme, daß in diesem Vorgehen nicht nur eine Belästigung, sondern unter Umständen auch eine den guten Ruf des Empfängers gefährdende bezw. schädigende Handlung zu erblicken ist. Durch das Erwirken einer einstweiligen Verfügung — der Antragsteller braucht sich nicht auf die Möglichkeit eines Schadensersatzes verweisen zu lassen — kann der Empfänger sich hiergegen schützen. Wenn der Absender dem Empfänger durch einen Rechtsbeistand die Aufforderung zukommen läßt, bei Vermeidung des Klageweges den Preis bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu zahlen, so ist auf Grund des Umstandes, daß der Absender für den Fall der Ablehnung seines Antrages kein Recht auf Preiszahlung hat und daher versucht, sich von einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil im Wege der Drohung zu verschaffen (§ 253 StGB.), eine Strafanzeige nur allzu gerechtfertigt. Wenn nun auch nicht immer auf Grund des Umstandes, daß man einer Klage mit gutem Gewissen entgegensehen darf, eine Drohung anzunehmen ist, so wird doch der Tatbestand derselben dann anzunehmen sein, und eine Bestrafung im Interesse der Allgemeinheit liegen, wenn es sich bei dem Empfänger um eine unerfahrene oder nicht gewitzigte („klug gemachte") Person handelt.